كتاب التقريب

في مسائل الخلاف بين الأصحاب مع أدلتها

المملكة الأردنية الهاشمية

رقم الإيداع لدى دائرة الكتب الوطنية: ٢٠٢١/٣/١٩٨٥

٢٧٠

القدوري، أبو الحسين بن محمد بن أحمد (ت ٤٢٨هـ)

كتاب التقريب/ أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد القدوري؛ تحقيق محمد ياسر شاهين. ـ عمان: دار الرياحين للنشر والتوزيع، ٢٠٢١

٢ ج ( ) ص.

ر. إ.: ٢٠٢١/٣/١٩٨٥.

المواصفات: /الأحكام الفقهية// الفقهاء// الفقه الحنفي//الفقه الإسلامي/

يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

الطبعة الأولى ١٤٤٢هـ ـ ٢٠٢١م

ردمك: 9789923762592

عمان ـ الأردن

جـــــوال: 00962790474491

darlrayaheen.jo@gmail.com

بيروت ـ لبنان

هـاتـف وفـاكـس: 009611660162

جـــــوال: 009613602762

dar.alrayaheen@gmail.com

دار الرياحين

كتاب التقريب

في مسائل الخلاف بين الأصحاب مع أدلتها

للشيخ الإمام

أبي الحسين أحمد بن محمد بن أحمد القدوري

(ت. ٤٢٨هـ)

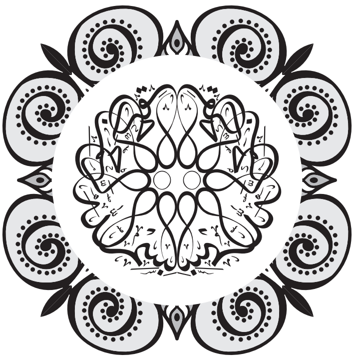
اعتناء

محمد ياسر شاهين

نسخة فريدة تبلغ ثلثي الكتاب

المجلد الأول

دار الرياحين



فهرس المحتويات

[المجلد الأول]

* * *

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله المعين على مراشد الأمور، والهادي إلى أَوْلاها، والموفق بفضله للبدء والتمام. والصلاة على سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين، وصحابته المختارين، ورضي الله تعالى عن الأئمة المجتهدين، ومن سار على نهجهم، واتبع طريقهم إلى يوم الدين.

وبعد؛ فإن من أولى ما تنصرف إليه الهمة ويجد في طلبه، وتعقد له المجالس، وتتطاول إليه الأعناق، ويصرف في طلبه ما غلى ونفس كلام الأجلة الأول من أصحاب أبي حنيفة، إذ هم موطن الفقه ومعدنه، وعليهم مداره، ولا سيما العراقيون منهم، إذ بقية الفقهاء جلوس على موائد قرائحهم، مستقون من قراح صنائعهم، منصرفون إلى أقوالهم معولين عليها، بانين أقوالهم على أقوالهم وإن خالفوهم في النهج والسبيل.

ولا يخفى على المشتغل بالمذهب الحنفي قدر الميراث الفقهي الضخم الذي تركه علماؤنا، وعلى قدر عظم هذا الميراث الضخم وسعته نرى الباحثين اليوم منصرفين إلى كتب المتأخرين واقفين عندها، مشتغلين بها عن كتب المتقدمين من فقهاء المذهب، وهذا مؤثر على تصور المسائل، مؤدٍّ إلى نقص وهشاشة في البناء، فإن المتأخرين من الفقهاء سلموا أمورًا، ورتبوا على ما بنى الأوائل المتقدمون، ومع الزمان خفيت تلك المقاصد بما لا يوقف عليه بكتب المتأخرين، فالواجب على الناظر المشتغل بالمذهب أن يقصد الأمر من أوله، وينظر فيه من مبدئه ومنشئه.

والكتاب الذي بين أيدينا لعَلَم فائق الشهرة ذائع الصيت، على كتبه المدار والتعويل ممن جاء بعده. وكتابه هذا حلقة في تراث كتب الخلاف المذهبي العراقية،

يظهر من خلالها عدة سمات وخصائص في المدرسة العراقية، ويفيد بمقارنته مع غيره فهمًا لمرحلة العراق، وحال التصنيف، والنقاش المذهبي الدائر فيها في تلك الحقبة.

وكذلك يظهر من خلاله رتبة مؤلفه الإمام مناقشًا ومرجحًا، وناظرًا في الأقوال ومحررًا لها. وينفي عنه وعمن هو في مثل طبقته التقليد الذي نسبه إليه المتأخرة من الفقهاء، ويدل على أنهم ما وقفوا على عبارته، ولا نظروا في كلامه.

وإني إذ أقدم هذا الكتاب بين يدي الأفاضل المشتغلين بالمذهب الحنفي، أرجو أن يكون نواة لنظر في كتب المتقدمين، وبداية لدراسات تكشف عن حال المذهب في تلك الحقبة، وأثرها فيما تبعها من حقب المذهب.

ولا يسعني إلا الشكر لأخي الفاضل داود دبيري على عونه لي في حل خط هذه النسخة. وكذلك أشكر كل من نظر في مسودة الكتاب أو دراسته قبل طبعه الإخوة الكرام المشايخ: د. حمزة البكري، د. محمد فاتح قايا، وعبد المجيد التركماني، ونزار حمادي، وعبد الله الثلاج، وذاكر الحنفي، وعلاء عبد الحميد، ومحمد المراكبي، وعبد العاطي الشرقاوي، وعلاء عوض، وغيرهم.

ولا يسعني في هذا المقام إلا الشكر والعرفان لزوجتي الغالية على عونها لي في هذا الكتاب مع استنفاذي الوقت وتزاحم الأعمال الأخرى، وأشكرها على إعدادها فهرسة الأعلام. والشكر والدعاء لوالديَّ ومشايخي.

وأسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصًا له وحده، ولا يجعل لنفسي ولا لأحد فيه حظًّا، وأن ينفعني به والناظرَ فيه في الدارين. ويجنبه الغلط والزلل. وهو سبحانه ولي الحفظ والرعاية والهداية، وبه الستر في الدنيا والآخرة. والصلاة على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

وكتب

محمد ياسر شاهين

أسكدار، إستانبول

٢٦ رجب ١٤٤٢هـ

«الدراسة»

ترجمة الإمام القدوري

اسمه ونسبه ومولده:

أبو الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، البغدادي، القدوري، بالضم قيل: إنه نسبة إلى قرية من قرى بغداد يقال لها: قدورة، وقيل: نسبة إلى بيع القدور. الفقيه الشهير المعروف. ولد سنة ٣٦٢هـ.[١]

أسرته:

- والده: أبو بكر محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان القدوري. حكى عن أبي بكر الشبلي. روى عنه القاضي أبو تمام علي بن محمد بن الحسن الواسطي.[٢]

- **ولده**: أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد القدوري ابن الإمام. سمع الحديث من أبي علي الحسن بن أحمد بن شاذن، والقاضي أبي القاسم التنوخي، وغيرهما. ومات شابًا قبل أوان الرواية، سنة ٤٤٠هـ رحمه الله تعالى.[٣]

مشايخه:

١ ـ أبو عبد الله محمد بن يحيى بن المهدي الجرجاني، تفقه على: أبي بكر الرازي

---

١ **الجواهر المضية**، ١/١٩٣، ١٩٤.

٢ **الجواهر المضية**، ٢/١٠، ١١.

٣ **الجواهر المضية**، ٢/٢٣.

الجصاص. وتفقه عليه: القدوري وأحمد بن محمد الناطفي. مات سنة ٣٩٦هـ، وقيل: ٣٩٧هـ، وقيل: ٣٩٨هـ.

٢ ـ أبو بكر، محمد بن علي بن الحسن بن سُوَيْد، حدث عن محمد بن محمد البَاغَنْدِيّ، وأحمد بن سهل الأَشنانيّ، وأبي القاسم البغوي. وقد روى عنه القدوري جزءً حديثيًا. وتوفي عام ٣٨١هـ.[١]

سلسلة إسناده في المذهب:

وسلسلة إسناده إلى أبي حنيفة كما أوردها الشيخ اللكنوي في **الفوائد البهية**: «أخذ الفقه عن أبي عبد الله الفقيه محمد بن يحيى الجرجاني (ت. ٣٩٨هـ) عن أحمد الجصاص (ت. ٣٧٠هـ) عن عبيد الله أبي الحسن الكرخي (ت. ٣٤٠هـ) عن أبي سعيد البردعي (ت. ٣١٧هـ) عن موسى الرازي (ت. ٢٦٣هـ) عن محمد (ت. ١٨٩هـ)».[٢]

تلامذته:

١ ـ أبو الحارث محمد بن أبي الفضل محمد السرخسي. ذكره الهمداني في طبقة الدامغاني. أقام في بغداد اثنتي عشرة سنة في طلب الفقه ثم رجع إلى سرخس.[٣]

٢ ـ أبو القاسم عبد الواحد بن علي بن برهان العكبري النحوي. قال ابن ماكولا: «ذهب بموته علم العربية من بغداد، وكان فقيهًا حنفيًا، وقرأ الفقه وأخذ الكلام عن أبي الحسين البصري، وصار صاحب اختيار في علم الكلام». وذكره القفطي في **تاريخ النحاة**، وقال: «كان من العلماء القائمين بعلوم كثيرة منها: النحو

---

١ **تاريخ بغداد**، ١٩٤/٤، ١٩٥.

٢ **الفوائد البهية**، ٣٠.

٣ **الجواهر المضية**، ١١١/٢.

واللغة ومعرفة النسب والحفظ لأيام العرب وأخبار المتقدمين. وله أنس شديد بعلم الحديث. توفي سنة ٤٤٢هـ».[١]

٣ ـ أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي الشافعي، صاحب **تاريخ بغداد** وغيره من المصنفات؛ كان من الحفاظ المتقنين العلماء المتبحرين. روى عنه يسيرًا وتوفى سنة ٤٦٣هـ.[٢]

٤ ـ أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب الدامغاني الكبير، انتهت إليه رياسة العراقيين، وولي القضاء ببغداد بعد موت ابن ماكولا (ت. ٤٢٢هـ) وتفقه على الحسين بن علي الصيمري. كانت ولادته بالدامغان سنة ٤٠٠هـ، ووفاته سنة ٤٧٨هـ ببغداد.[٣] وهو من أبرز تلامذة القدوري، إذ استمر القضاء والفقه في عقبه إلى نهاية مدرسة العراق ودخول المغول إليها عام ٦٥٦هـ. وتتلمذ عليه عدد من علماء العراق بعده.

٥ ـ أبو نصر أحمد بن محمد بن محمد المعروف بالأقطع، سكن بغداد بدرب أبي زيد، بنهر الدجاج. تفقه على: أبي الحسين القدوري، حتى برع، وقرأ الحساب حتى أتقنه. وخرج من بغداد إلى الأهواز، سنة ٤٣٠هـ، وأقام برام هرمز، وشرح **المختصر**. وكان يدرس هناك إلى أن توفي سنة ٤٧٤هـ. **تفقه على**: القدوري والصيمري. وقرأ الأدب على علي بن عيسى بن الفرج الزيني وغيره، وحدث. **روى عنه**: أبو القاسم علي بن إبراهيم بن الحسن الدمشقي وغيره.

---

١ **الجواهر المضية**، ١/٣٣٣، ٣٣٤.

٢ انظر: **تاريخ الإسلام**، ٩٢/٢١٢؛ **وفيات الأعيان**، ١/٩٢، ٩٣.

٣ **الفوائد البهية**، ١٨٢، ١٨٣.

ويلاحظ في شرح الأقطع على **المختصر** تشابهًا بين الكتاب الذي بين أيدينا وبينه؛ بل تجده يستخدم عبارة القدوري في أكثر الكتاب، ومنهجه في ترتيب المسألة والتعليل. كما ينتهج بيان سبب اختلاف أئمة المذهب، مما يشكل أثرًا واضحًا وانعكاسًا لشيخه القدوري. وكتابه بين أيدينا، وهو شرح هام نفيس من شروح **مختصر القدوري**.[1]

٦ ـ عبد الرحمن بن محمد السرخسي من طبقة أبي عبد الله قاضي القضاة الدامغاني (ت. ٤٧٨هـ). تفقه بأبي الحسن القدوري. قصد بلاد خوزستان فاستنابه أبو الحسين عبد الوهاب بن منصور بن المشتري قاضي ممالك الملك أبي بكاء النجاري يؤمه على قضاء البصرة. وكان فاضلًا أديبًا. وكان يداوم الصوم وعرف بالزهد وكسر النفس. وتوفي سنة ٤٣٩هـ. من تصانيفه: **تكملة التجريد، وكتاب مختصر المختصر** في مجلدين.[2]

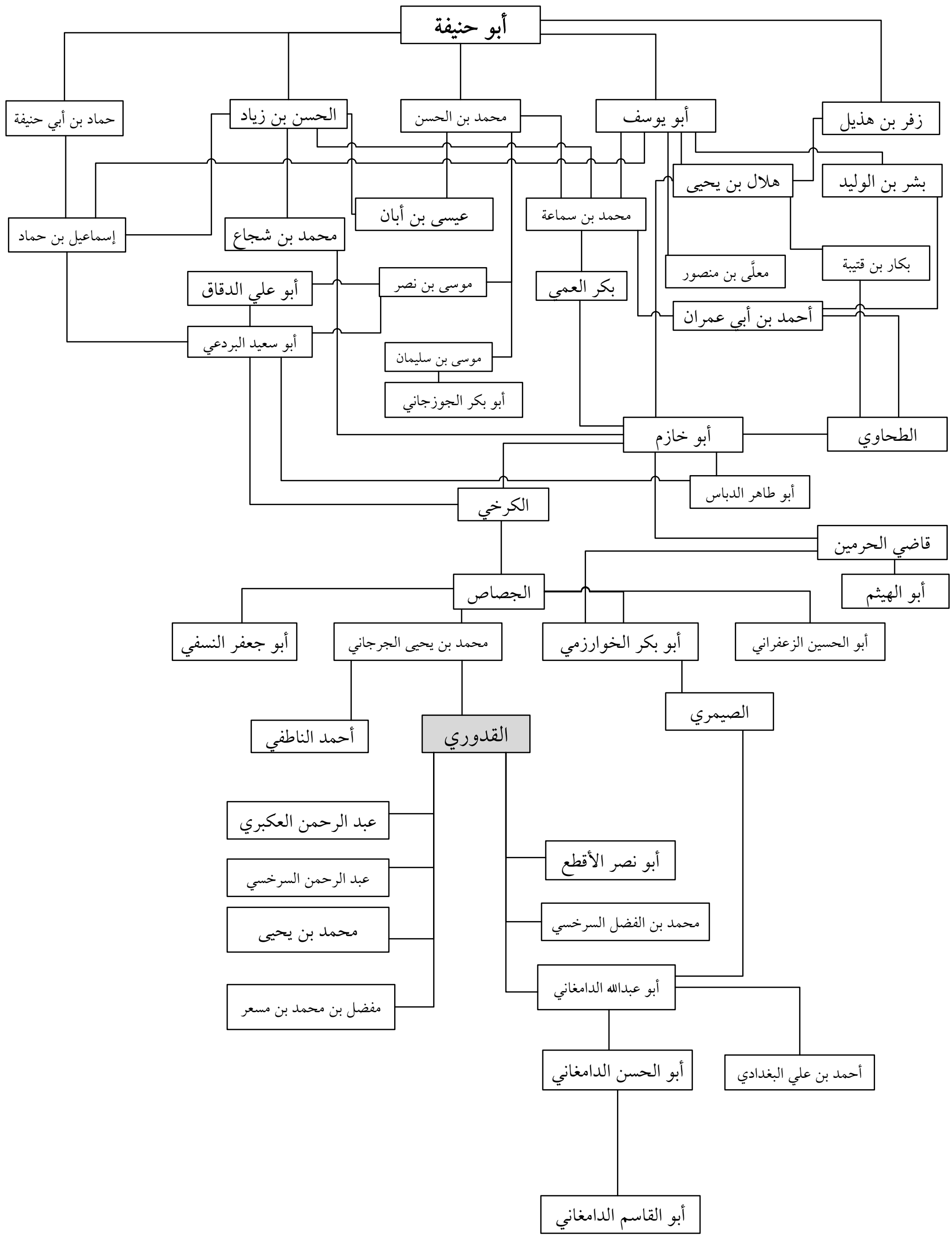
٧ ـ المفضل بن مسعود بن محمد بن يحيى بن أبي الفرج التنوخي، الفقيه النحوي القاضي. ولد بعد ٣٦٠هـ.

* * *

١ لنسخة **شرح الأقطع على مختصر القدوري** انظر: السليمانية، مجموعة فاتح، رقم: ١٧٧١، ١٧٧٢.

٢ **الجواهر المضية**، ١/٣٠٨، ٣٠٩.

مشايخ العراق



مؤلفاته:

١ ـ **المختصر** المشهور في الفقه، وهو تهذيب لمختصر شيخه أبي الحسن الكرخي، إذ كان مختصر الشيخ الكرخي متفاوتًا في الطول والقصر، فهذبه وتصرف في عبارته. وعليه مدار ما بعده من كتب الحنفية المعتمدة.

٢ ـ و**شرح مختصر الكرخي**، وقد بسط فيه الكلام، وهو كتاب كبير يخرج في عشرة مجلدات تقريبًا، وقد حقق أغلبه في عدة رسائل جامعية، وله نسخ متقدمة قريبة من المؤلف.

٣ ـ و**التجريد**، وقد طبع، وهو كتاب في الخلاف بين أئمة الحنفية وبين الشافعي، وفيه بسط وطول، قالوا: في سبعة أسفار. وقد شرع في إملائه سنة ٤٠٥هـ.

٤ ـ و**كتاب التقريب** الذي بين أيدينا.

٥ ـ و**جزء في الحديث**، وكله روايته عن شيخه أبي بكر ابن سويد المؤدب.

٦ ـ ذكر المطرزي أن لأبي الحسين القدوري تفسيرًا فقال في مصادر كتابه في مقدمة **المغرب**: «وتفسير أبي الحسين القدوريّ»؛ ولعله عنى شرح مختصر الكرخي، فالله أعلم.[١]

مقارنة بين بعض كتبه:

وبالمقارنة بين كتب القدوري: **المختصر** و**التجريد** و**التقريب** نجد أنه في **التقريب** ذكر أقوالًا لم يذكرها في كتابيه **التجريد** و**المختصر**، وربما سكت عن قول أحد أئمة المذهب، فقد سكت مثلًا عند ذكر الخلاف بيننا وبين الشافعي عن قول زفر أثناء إيراد الكلام في بعض المسائل، حيث كان قول زفر والشافعي واحدا في المسألة. ولعل هذا يسلط الضوء

---

١ **المغرب**، ١٥.

أن الغرض الذي عقد له **التجريد** التدليل على الأقوال دون الحرص على تتبع قائليها.

ونجده هنا وإن حرص على إيضاح الأقوال والروايات الواردة في المسألة والقول الأخير والمرجوع عنه ونحو ذلك إلا أنه أيضًا حرص على أن يكون ذلك في سياق بيان منهجهم في الاختلاف، ومتى اختلفوا ولأي أصول كان هذا الاختلاف، وكذلك حرص على نفي توهم الاختلاف عند توهم حصوله.

وكذلك ويلحظ وجود تشابه في أبواب عدة بين ما ذكره الشيخ في بعض هذا الكتاب وبين عمله في **شرح مختصر الكرخي**، غير أن الفرق واقع مشاهد حيث إن شرحه على **مختصر الكرخي** هو فيه تبع، وإن أضاف مباحث ومسائل في كل باب لم يذكرها الكرخي. وذلك على ما بين أنه من حرصه على استواء الكتاب أوله وآخره. ولكن أيضًا يلاحظ اختلاف الصنعة والبنية بينهما، **فمختصر الكرخي** عقد لذكر الأبواب والمسائل كافة، وهذا عقد للخلاف، ومسار كل منها يختلف من حيث البنية والغرض. والقدوري في بيان التعليل هنا أحسن من شرحه على الكرخي؛ لوجود التقابل في الآراء والعلل، والأمور بأضدادها تعرف. غير أن شرحه على الكرخي طويل السياق، وهذا يساعد على استيضاح مسائل. وكذلك هناك قدر من مسائل هذا الكتاب ليست في شرحه على مختصر الكرخي.

من كلام العلماء عنه:

قال الخطيب: «انتهت إليه بالعراق رياسة أصحاب أبي حنيفة، وعظم عندهم قدره وارتفع جاهه. وكان حسن العبارة في النظر، جزل اللسان، مديمًا لتلاوة القرآن، وقال السمعاني: كان فقيهًا صدوقًا».[1]

---

١ **تاريخ بغداد**، ٣١/٦؛ **الجواهر المضية**، ٩٣/١.

واعتماد الفقهاء الكبار على كتبه، واشتهارها في الأقطار في حياته، وتكاثر النقل من كتبه كافٍ في معرفة رتبته، والوقوف على قدره. وإن كان -كما حال فقهاء العراق لا يميلون إلى الألقاب والكنى والترفع كما جرى فيمن بعدهم من الفقهاء- مقلًا من الألقاب، بل اكتفي في اسمه بقولهم: القدوري، دون زيادة على ذلك، فهذا لا يعني أن رتبته دون من أتى بعده من الفقهاء. وقد ساق هذا الميل إلى التواضع والتبسط بعض الفقهاء إلى نسبته إلى التقليد وعدم القدرة على الترجيح والنظر، وعبارته في الكتاب هنا دالة على خلاف ذلك نافية هذا الوهم، مبينة عن حاله.

مناظراته:

ومما يدل على مكانة الإمام وعلو كعبه ورفعة رتبته جلوس كبار علماء عصره من الشافعية مناظرين له، على ما أورده أصحاب التراجم في ترجمة أبي الطيب الطبري (ت. ٤٥٠هـ)، وأبي حامد الإسفراييني (ت. ٤٠٦هـ)، مشايخ الشافعية من العراقيين، اللذين عليهم المدار والتعويل.

وترى في أثناء المناظرة بينه وبين أبي الطيب التي أوردها السبكي في **طبقاته** مخاطبة أبي الطيب له: «بالشيخ الجليل أيده الله تعالى».[١] ومن نظر فيها عرف رتبتهم من عبارتهم.

وكان الإمام القدوري يجل أبا حامد الإسفراييني جدًّا، ويقول عنه: «ما رأينا في الشافعيين أفقه من أَبِي حامد».[٢]

---

١ انظر: **طبقات الشافعية** للسبكي، ٣٦/٥- ٤٦.

٢ انظر: **تاريخ بغداد**، ٢٠/٦.

انتهاء مدرسة العراق به:

عند الكلام على حد مدرسة العراق انتهاءً نجد اختلافًا بين أن تكون النهاية بدخول المغول بغداد، وبين أن يكون ختامها ختام المؤثرين فيها، الذين انتهت بهم سلسلة التدريس والتأليف في العراق، والتي يمثلها الإمام القدوري. فذكر محمد فاتح بيوك كروكجي أن آخرها أواسط القرن الخامس الهجري، وختمها الإمامان الصيمري والقدوري بالنظر لسلسة التدريس في تلك المدرسة. [١] ويؤيد ما ذهب إليه أنا لا نجد بعدهما من المشايخ من له تأثير وأقوال وترجيحات أو تأليفات. كما لم يكن لمن بعدهم من الأثر ما لهما. هذا بالرغم من استمرار الفقه الحنفي وفقهاء العراق بعدهما إلى استيلاء التتر على بغداد في أواسط القرن السابع. ويرجع هذا إلى تأثير حكم السلاجقة في الحالة العلمية في بغداد من أواسط القرن الخامس.[٢]

والذي أوصلني إليه البحث أن الأنسب أن تكون المدرسة مستمرة إلى استيلاء المغول على بغداد، لدوام الفقهاء وإنتاجهم بعد القدوري، فمن أبرز تلامذته أبو عبد الله الدامغاني والذي تولى منصب قاضي القضاة واستمر الأمر في أسرته، فتولى ذلك المنصب ولده أبو الحسن الدامغاني وحفيده أبو القاسم الدامغاني. وكان لكل منهم تلامذة من بلاد مختلفة. وذكروا في ترجمة أبي عبد الله الدمغاني أنه كان له تآليف. أما وصول تآليفه إلينا وعدم وصولها أمر لا يحكم به على استمرار المدرسة وعدم استمرارها. [٣]

---

1 Büyükkörükcü, M. Fatih, Hanefi Mezhebinde Irak Meşayıhı Kavramı, (basılmayan yüksek lisans tezi, Marmara Universitesi, Haziran 2020).

٢ لمزيد من التفاصيل حول أثر السلاجقة في الحياة العلمية في العراق، يراجع:
Dündar, Abdulhamit, Selçuklular Devri Bağdat Medreseleri: İmâm-I *Âzam Ebû Hanîfe Medresesi Örneği*, (basılmayan yüksek lisans tezi, İstanbul Ünversitesi, 2012).

٣ **الجواهر المضية**، ٤٨/٢.

رتبة الشيخ:

نسب ابن كمال القدوري إلى التقليد وأنه ليس من أهل التصحيح والترجيح، وليس له أن يخرج في المذهب، بل رتبته الاقتصار على ذكر ما عليه الفتوى، وما ينبغي عليه العمل. وهذا الكلام دال على عدم تتبع صنعة الشيخ، ومقصده في كتبه، وعبارة الشيخ دالة على خلاف ذلك.

فالشيخ أراد هذا القدر من الاقتصار، وبسط حين أراد البسط، فدونك كلامه في **التجريد** وفي هذا الكتاب، و**المختصر** تعرف أن من نسبوا إليه التقليد قد جانبوا كل الصواب.

ثم إذا أحسنت النظر في هذا الكتاب يبين لك ما يريد الشيخ، فإنه يصحح ويصوب، ويعلل، وليس اعتماده على الكتب إلا للزيادة عليها ومزيد ترتيب وعناية، وليس محض النقل. فما وجدته في مسألة ناقلًا عن غيره إلا وله مزيد صنعة في البيان والتعليل بما لم يذكره الأصل المنقول عنه.

ثم أي عاقل يقصد إلى إعادة تصوير المسائل، وقد كفاهم ذلك أبو حنيفة وصاحباه، فالجميع تبع لهم في ذلك، فنرى هنا الشيخ يذكر صورة المسألة ثم يورد يعلل.

ثم هو ينص على تخطئة قول أو علة أو رواية أو تخريج على أصولهم، أو رد بعضهم على بعض، سواء كان هذا في رتبة أصحاب أبي حنيفة، أو من بعدهم كأبي الحسن الكرخي أو الطحاوي. وهذا كما لا يخفى بعيد عن التقليد دال على أن رتبة الشيخ في القدر العالي من النظر ومعرفة المذهب.

وأنا أورد لك أمثلة تُظهر لك رتبة الشيخ من هذا الكتاب:

١ ـ **التصحيح والتغليط بناءً على أصول الأئمة**: فمن ذلك قوله عند ذكر الاختلاف في رجوع المشهود عليه بالزنا بعد إقراره، فذكر قول زفر، ثم ذكر وجهه، فقال: «لزفر: أن الإقرار بالإحصان اعتراف بالنكاحِ والدخولِ والإسلامِ والحريَّةِ، وهذه المعاني لا يصح الرجوع عنها بعد الاعتراف. **وهذا الذي قاله لا يصح على أصله**؛ لأنه لا يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين، وإن جاز أن تثبت الشرائط به في غير الزنا، كذلك يصح الرجوع إذا كان مع الزنا، ولا يصح إذا انفرد».[1] ومثل ذلك ما ذكره في إقرار المأذون له أنه افتض امرأة فحكى قول أبي يوسف، ثم ذكر بعد ذلك معلقًا: «وهو فرق لا يصح على أصله».[2]

٢ ـ **التخطئة والتغليط**: ومن ذلك ما ذكر في مسألة الوصية بعبد، ولآخر بنصفه، ولآخر بثلث ماله، والعبد يساوي ألفًا، والمال ألفان، ذكر كلاما لمحمد في **الأصل** فقال: «وقد قال محمد في **الأصل**: ولصاحب الثلث أربعة عشر، سدسها في العبد. **وهو غلط**، وينبغي أن يكون سبعها في العبد؛ لأن الذي أصابه ثمانية وعشرون، أربعة في العبد وهي السبع، وما بقي في المال».[3]

٣ ـ **بيان الصواب في الرواية**: منها ما ذكر في مسألة دعوى الرجل ولد جارية امرأته سلمها إليها مهرًا فولدت لأكثر من ستة أشهر، فبعد ذكر الأقوال والأوجُه قال: «**وهذه مسألة مضطربة في النسخ**، ومختلفة في الرواية، وقد اعترضها عيسى بن أبان وقال: «**إن التخليط من محمد**»، ثم ذكر كلام عيسى في المسألة، وكلام الجصاص

---

١ انظر المسألة رقم: ٣٥٠.

٢ انظر المسألة رقم: ٥٤٩.

٣ انظر المسألة رقم: ٩٣٤.

عليه، ثم صوَّب وضعَّف قائلًا في آخر كلامه: «**وهذا نصٌّ في إبطال قول عيسى**».[١] ومن ذلك قوله أيضًا: «وفي بعض النسخ محمد مع أبي يوسف، والصحيح أنه مع أبي حنيفة ذكره في **الزيادات**» ذكره في مسألة عبد قتل قريبا لمواليه فعفى أحدهما.[٢]

٤ ـ **بيان التخريج في مسألة لا رواية فيها**: ومن ذلك ما ذكره في الأضحية عن الصغير، ذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف في طرف، وقول زفر في طرف، ولم يكن نص عن محمد فيها، غير أنه قال: «ويجب أن يكون قول محمد مثله»، يعني زفر.[٣] وكذلك ذكر في مسألة عدم تسمية جهات الوقف، فذكر قول أبي يوسف ومحمد، ولم يكن فيها رواية عن أبي حنيفة فقال: «ويجب أن يكون قول أبي حنيفة مثله»، يعني محمدًا.[٤]

٥ ـ **بيان خطأ تخريج قول على أصول الأئمة**: ومن ذلك ما ذكره في القسمة يُستحق منها شيء، فذكر الأقوال ومراسلة ابن سماعة محمدًا ثم قال: «**وقد أخطأ أصحابنا المسألة على قول أبي حنيفة**: لأنه سوَّى بين العلو والسفل، ومن أصله أنهما يختلفان. فالمسألة موضوعة على أن قيمة العلو مثل قيمة السفل، وقد يتفق ذلك. **وفي قول أبي يوسف خطأ أيضًا**؛ لأن من أصله أن القسمة تنتقض بالاستحقاق، وتعود الشركة»[٥]

فكل هذا وغيره يريك رتبة الشيخ ومقامه، وصنعته، وما أراد من هذا الكتاب، من بيان وتقريب لمسائل الخلاف، وسعي منه لإنشاء بنية فقهية لدى الناظر في كتابه.

---

١ انظر المسألة رقم: ٦١٨.

٢ انظر المسألة رقم: ٢٤٠.

٣ انظر المسألة رقم: ٢.

٤ انظر المسألة رقم: ٤٣٠، ٤٥٩، ٧٣٢، ٧٨٤، ٩٤٢.

٥ انظر المسألة رقم: ٨٣٨.

وفاته:

يوم الأحد الخامس عشر من رجب سنة ثمان وعشرين وأربعمئة. ودفن من يومه في داره بقرب أبي خلف نقله الخطيب والسمعاني. وحكاه جماعة منهم ابن خلكان وزاد: «ثم نقل إلى تربة في شارع المنصورة، ودفن هناك بجنب أبي بكر الخوارزمي الفقيه الحنفي».[1]

* * *

١ **الجواهر المضية**، ١/٩٣.

بين يدي الكتاب

يمثل الكتاب الذي بين أيدينا أحد صور مرحلة زمنية من المؤلفات، بدأت من الإمام الطحاوي في **مختصره**، و**مختصر اختلاف الفقهاء**، ومرت بالجصاص في شرحه عليه، ثم صاحب هذا الكتاب الإمام القدوري، وانتقلت بعده إلى الناصحي في كتابه **مسائل الخلاف**، و**اختلاف أصحابنا والشافعي** لأحمد بن عبد العزيز البردعي الزاهد.

وهذه المرحلة لا تمثل المذهب الحنفي وحده، فالناظر في كتب المذاهب الأخرى يجد تشابهًا في البنية والمنهج والمصادر أحيانًا من كتب الشافعية والمالكية والحنابلة، ككتاب **المسكت** لأبي عبد الله الزبيري،[١] وكتاب **عيون الأدلة** لابن القصار و**التعليقة الكبيرة** للقاضي أبي يعلى الحنبلي، و**الإشراف** للقاضي عبد الوهاب المالكي، و**النكت** للشيرازي، و**الحاوي** للماوردي، و**الاصطلام** و**النكت** للسمعاني، و**التلخيص** لابن القاص وغيرهم. ولا استطرد في التدليل على هذا في هذا الموضع؛ بل أبقيه لموضع يفرد له، ويختص به.[٢]

فنجد من حيث البنية -وأتكلم بشكل خاص هنا على كتب الحنفية- إذا أرادوا عرض مسألة بدأوا بإيجاز شديد بذكر صورة هذه المسألة موردين الخلاف فيها، ثم أتبعوها بالتدليل لأصحاب هذه الأقوال. وإدخال الطحاوي في هذا السياق رغم أنه لم يدلل على المسائل غالبًا في كتبه بالصورة التي اتبعها من جاء بعده إلا أنه شكَّل الصورة والطريق التي اتبعها من جاء بعده. ولم أوصل الأمر إلى الإمام كتب الإمام محمد؛ لأن ما فعله الطحاوي من اختصار وجرد وتهذيب للمسائل، وذكر لما

١ وأشكر أخي الفاضل عبد الله الثلاج الذي أطلعني على تحقيقه قبل نشره.

٢ أشكر الأخ الكريم: محمد جمعة، وعبد الله الثلاج اللذين أفدت من نقاشهما حول تلك الفترة الزمانية في المذهب الشافعي خصوصًا، وغيرها من الفوائد.

هو المقصد الذي ساق الكتاب له من ذكر الخلاف، أو المسائل التي تدور عليها أصول الأبواب في الاختلاف بينهم، صنيعه هذا هو الذي شكَّل بداية المرحلة بحسب النصوص التي وصلت إلينا، وإن كان الطحاوي في البدء تابعًا في الصور لكتب الإمام محمد، كما هو حال من جاء بعده.

وبمقارنة مسائل الكتاب بكتب الحنفية الآتية: كتب الإمام محمد بن الحسن، من **الجامعين** و**الأصل** و**السير**، ثم كتب الطحاوي **مختصره** و**مختصر اختلاف الفقهاء**، وشرح الجصاص على **مختصر الطحاوي**، وكذلك كتب القدوري التي بين أيدينا **التجريد** و**المختصر**، وكذلك **عيون المسائل**، بالمقارنة بهذه الكتب تبين عدة أمور هامة في معرفة الكتاب، وفتح باب على مدرسة العراق:

١ ـ أن المصدر الرئيس لصور المسائل جميعها كتب الإمام محمد، لفظًا حينًا ومعنى حينًا، وخصوصًا **الأصل** و**الجامع الصغير**. وكافة كتب الحنفية الأخرى التي جرت المقارنة بها لم تكد تزد صورًا على ما ذكر الإمام محمد عن أبي حنيفة، اللهم إلا بضع مسائل عند الطحاوي. غير أن القدوري استفاد روايات للمسائل، ونقاشات وأدلة من الطحاوي في **مختصر اختلاف العلماء** في بعض المواضع تظهرها الإحالات التي أوردتها في النص المحقق.

٢ ـ أن تلك المرحلة على الرغم من التبعية في صور المسائل إلا أن هؤلاء الفقهاء كان لهم من التصرف في المعنى والتعليل والمناقشة ما ينفي عنهم التقليد المطلق، ويظهر هذا في ثنايا هذا الكتاب من عمل القدوري في التصحيح والتضعيف للأقوال، وكذلك يظهر فيما ينقله عن غيره، كابن سماعة والطحاوي والجصاص والكرخي.

٣ ـ بمقارنة بين تعليل القدوري في هذا الكتاب وبين صنيع الجصاص في كتبه نجد أن الجصاص حاضر في خلفية القدوري، وأن القدوري مستق منه مستفيد. غير

أن هذا لا يعني أبدًا أن القدوري ذائب في الجصاص؛ بل حين ترى صنيع القدوري هنا وفي **التجريد** وفي شرحه على **مختصر الكرخي** ترى أنه امتاز في كل من تلك الكتب بزيادة وتصرف في المعاني والعبارات، فضلًا أن يكون متبعًا للجصاص بالإطلاق؛ بل هو مستفيد، ينقل حينًا ويتصرف حينًا، وينص على هذا النقل حينًا ويسكت حينًا. كما تراه يعلل بما لا تجده عند غيره، على قدر ما شهد عليه تتبعي لمسائل هذا الكتاب ومقارنتها بالمصادر التي بين يدي.

٤ ـ يلاحظ من خلال الكتاب النقاش المذهبي الموجود في تلك الفترة، والذي ينفي الكلام المدعى من متأخري الحنفية من قصور مرتبة فقهاء العراق عن رتبة من تبعهم من الفقهاء. ويظهر هذا جليًّا فيما يورده القدوري هنا، وما يورده الجصاص في **شرح الجامع الكبير**، من تصحيحات وترجيحات، وما أوردوه من مناقشات بين ابن سماعة ومحمد. بل ويظهر من خلال هذه النقاشات تتبعهم للرواية الواردة عن أبي حنيفة، وتتبعهم للأقوال الواردة عن أئمة المذهب، فنجد القدوري يورد عن واحد منهم في المسألة الواحدة ثلاثة أقوال مرتبًا إياها بحسب الرجوع عنه وما استقر عليه قوله آخرًا.

والتدليل على ما ذكرته من هذه الملاحظات هو كافة الإحالات التي أوردتها في النص المحقق، فمن شاء الوقوف على حقيقة ذلك فلينظر فيها، ففيها القصد والتدليل.

بنية الكتاب:

يتألف القدر الذي بين أيدينا من ثلثي الكتاب، ويضم ما يزيد على ألف مسألة، تحديدًا (١٠٢٤) من ٣٩ بابًا فقهيًّا. وهي: كتاب الأضحية، كتاب الأيمان، كتاب الغصب، كتاب الديات، كتاب الجنايات، كتاب الحدود، كتاب السرقة، كتاب قطاع الطريق، كتاب الهبة، كتاب الوقف، كتاب العارية، كتاب الوديعة، كتاب السير، مسائل

السبق، كتاب الإقرار، كتاب الدعوى، كتاب أدب القاضي، كتاب الشهادات، كتاب الرجوع عن الشهادات، كتاب الوكالة، كتاب الحوالة والكفالة، كتاب المأذون، كتاب الصلح، مسائل المهايأة، كتاب القسمة، كتاب اللقطة، كتاب اللقيط، كتاب الإباق، كتاب المفقود، كتاب التحري، كتاب الحجر، كتاب الشرب، كتاب الأشربة، كتاب الحظر والإباحة، كتاب المزارعة، كتاب العتق في المرض، كتاب العين والدين، كتاب الوصايا، كتاب الفرائض.

وهذه الأبواب وإن بلغت عددًا ثلثي عدد أبواب كتب الفقه تقريبًا، إذ أبواب الفقه التي يعنونون لها عادة تقارب ٦١ كتابًا، والمذكور هنا ٣٨ تقريبًا، غير أنها في الحجم ربما تبلغ ثلث الكتاب، حيث أنه لم يرد فيه قسم العبادات كاملًا، وقسم الأنكحة، وقدر من المعاملات.

ويسير الكتاب على هيئة متقاربة في الصورة، وهي:

أنه يذكر بإيجاز المسألة محل الخلاف مع بيان الأقوال فيها. ثم يدلل لكل قول منها بعدة أدلة. ويقدم فيما ألحظ القول الذي يرجحه، ويزيد في بيان أدلته، ويدفع الطعون عنه، فيقول: «ولا يلزم على هذا»، «ولا يقال»، وما أشبهه من ذكر ما يرد على القول من الصور أو الأقوال ويدفعها. ثم يوجز في المرجوح أو الذي لا يرجحه، ولا يستطرد في الأدلة، إلا أن يكون في سياق الرد، فيقول: «وهذا غير صحيح»، «وليس هذا بصحيح»، «وهذا ضعيف».

وإن كان للمسألة دليل من الكتاب والسنة ذكره، وكذلك إن كان في المسألة قياس أو استحسان بيَّنه. وربما لا يكون لأحد في المسألة قول إلا أنه يقتضي أصله أن يكون قوله مخالفًا لما ذَكر لبقيتهم فيورد ذلك.

ويختلف الكتاب في النسق في مواطن:

وهو أنه يذكر في قدر من الكتاب عند ذكر دليل القول: «لأبي حنيفة» فيسوق دليله، و«لأبي يوسف» فيسوق دليله وهكذا. وأحيانًا يعبر بقوله، و«أما على أصل أبي حنيفة» فكذا، وأحيانًا يعبر بقوله «أما أبو حنيفة فبنى على أصله» كذا. ونحو ذلك مما تلحظه في الكتاب، ما يشير إلى احتمال كون الكتاب ألف إملاء في مجالس. ولعل هذا يفسر مسألة عدم انتشاره، وكثرة نسخه، وإن أحال عليه المتأخرون في كتبهم، كالأتقاني في شرحه على **الهداية**، وغيره من المتأخرين.

مصادر الكتاب:

ينص الإمام القدوري في قدر من المواضع على المصادر التي استقى منها المسألة المذكورة، فنجده يقول: قال في **الأصل**، أو في **الجامع** أو في **الجامع الصغير**، أو في **السير**، أو في **الزيادات**، وكذلك ينقل عن الطحاوي من **مختصره**، و**مختصر اختلاف العلماء**، و**عيون المسائل** لأبي الليث، **ونوادر المعلى بن منصور**، والكرخي في **مختصره**. هذه المصادر الموجودة بين أيدينا مما نص عليه.

ومن المصادر المفقودة بعض كتب النوادر الأخرى المفقودة: **كنوادر هشام**، وا**بن سماعة**، **ونوادر أبي يوسف**، **وأمالي الإمام محمد** و**أبي يوسف**، **ونوادر ابن رستم**، **ونوادر بشر بن الوليد**، و**الكيسانيات**، و**كتاب البرامكة**.

وبالإضافة إلى مواضع تصريحه بالمصادر نجده ينقل من مصادر ولا ينص عليها في كتابه، ساكتًا عنها ناقلًا منها بعبارة قريبة في بعض الأوقات، فهو وإن لم يذكر **الأصل**، أو **الجامع الصغير** أو كتب الطحاوي فإنه كثير النقل منها، بين ذلك أو لم يبيِّنه. وهو كما ذكرتُ قبل مستفيدًا من تعليلات الجصاص سواء ذكرها لفظًا أو معنى، وإن ذكرها فإنه عادة يزيد عليها من عنده تعليلًا، أو يتصرف في العبارة بما يوضح المعنى، أو يلخصه.

والملاحظ أنه القدوري لا ينتقل من كتب الإمام محمد وخاصة **الأصل** إلى غيره إلا لفائدة زائدة في غيره، كجمع لروايات المسألة، خصوصًا إن كانت بعض الكتب الواردة في مصادره لم يقف عليها أو ليست ضمن مصادره المباشرة، فنجده يعتمد على **مختصر اختلاف العلماء** لهذا الغرض.

وفي هذا الموطن ينبغي التنبيه أن القدوري رجل عال الرتبة له تصرف في العبارة وسعة في الآلة فهو إذا نقل الصورة كما غيره من الفقهاء زاد في المعنى المراد، وبين التعليل، وصوب التخريج؛ بل وربما رد قول أحدٍ لأنه يناقض أصله، كما سترى في الكتاب. وكذلك هذه النقول التي تراها تنبيك عن اطلاع الرجل ووقوفه على المسائل، وما وقع فيه الاختلاف وما هي الأقوال فيها، ثم يعلل لك ذلك بما لا تجده لا عند الجصاص ولا عند الطحاوي، فهو في هذا فريد متصرف.

ولم يخل الكتاب هنا كما هي صنعته في مختصره من إيراد ما ظهر تشابهه واختلف حكمه بالجمع والفرق عند الحاجة لذلك. وهذا يظهر كذلك في إيراد الأقوال والعلل، كما يظهر في المسائل.

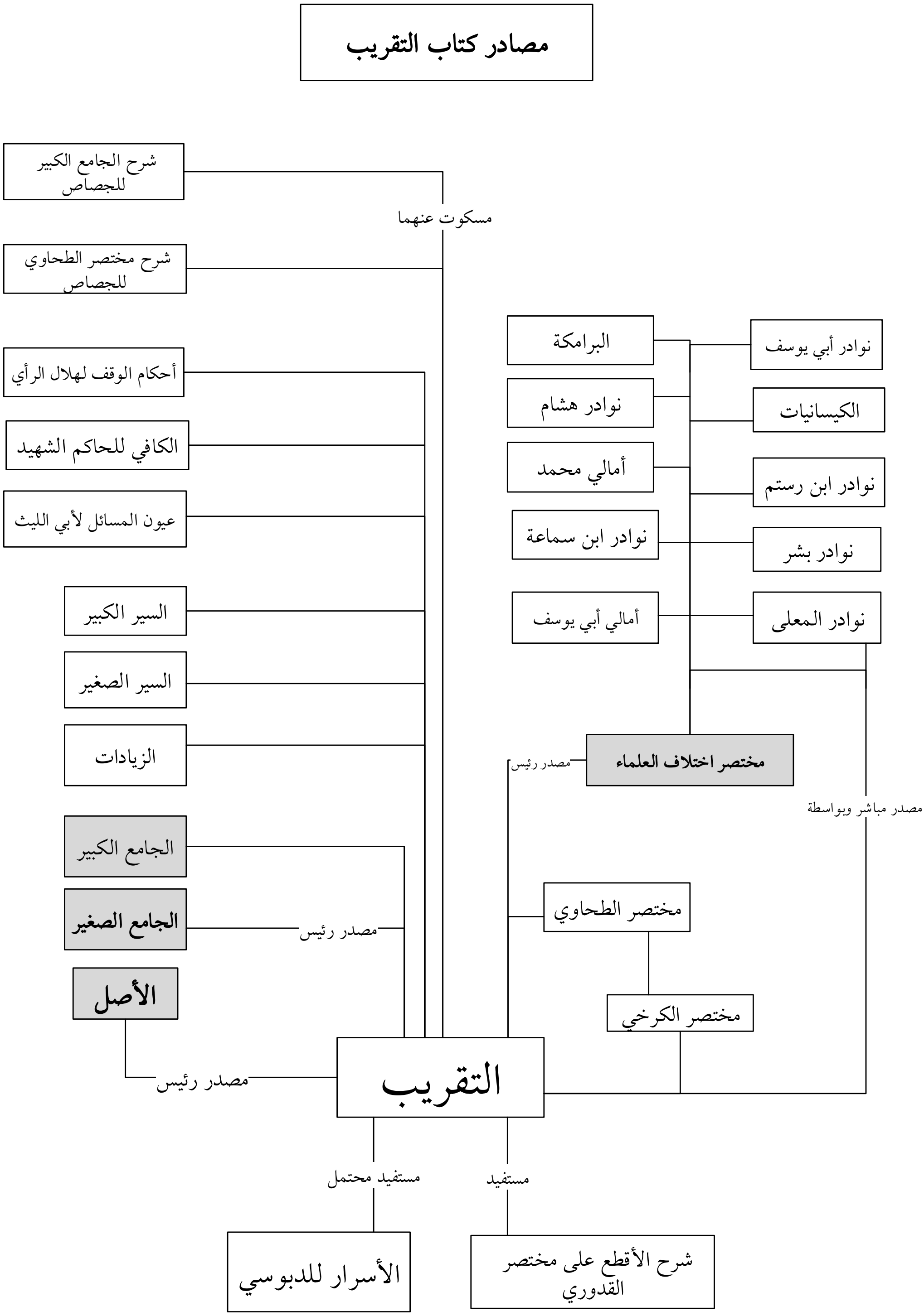
صنعة القدوري في الكتاب:

من الأمور التي ينبغي ملاحظتها عند النظر في الكتاب أن القدوري رحمة الله عليه اختزل القيود في بعض المسائل، واختزل العبارات عند ذكر صور المسائل، فتظن أن في المسألة سقطًا في العبارة، ولكن مع تتبع المسائل ترى أنه صنعة القدوري، حيث وضع الكتاب لمرحلة بعد معرفة المسائل، لبيان الخلاف في المذهب، وبيان أصولهم في المسائل، وما بنوا عليه الاختلاف، والمسائل التي فرعوا عليها.

ويبيِّن بين ثنايا الكتاب المسائل التي ظاهرها الخلاف ولا خلاف فيها؛ ليبين عدم وقوع الخلاف فيها، ثم يبيِّن أنه لو فرض فيها الخلاف بينهم على ماذا يخرَّج.

وكذلك فإن المتتبع لإحالات المسائل التي وضعت لكل مسألة يرى أن القدوري قام بجرد مسائل كتاب **الأصل** للإمام محمد، ذاكرًا ما عليه أصول الخلاف في الأبواب، ولم يقصد إلى ذكر كل مسألة ذكر فيها الخلاف، فإنه ترك مسائل ورد فيها الخلاف ولم يذكرها، والغرض في ذلك ما ذكرته من أنه أراد بيان مدار الخلاف، لا ذكر كل مسألة وقع فيها الخلاف.

كذلك انتهج القدوري في الكتاب بيان صواب الأوجه والروايات من خطأها، فنص في ٧٢ مسألة على ذلك بقوله: «وهذا ليس بصحيح»، وفي مواضع بقوله: «خطأ»، ونص في عدة مواضع على ذلك بقوله: «وهذا غلط».


مصادر كتاب التقريب
شرح الجامع الكبير للجصاص
مسكوت عنهما
شرح مختصر الطحاوي للجصاص
البرامكة
نوادر أبي يوسف
نوادر هشام
الكيسانيات
أمالي محمد
نوادر ابن رستم
أحكام الوقف لهلال الرأي
الكافي للحاكم الشهيد
عيون المسائل لأبي الليث
نوادر ابن سماعة
نوادر بشر
أمالي أبي يوسف
نوادر المعلى
السير الكبير
السير الصغير
الزيادات
مختصر اختلاف العلماء
مصدر رئيس
مصدر مباشر وبواسطة
الجامع الكبير
الجامع الصغير
مصدر رئيس
مختصر الطحاوي
الأصل
مختصر الكرخي
مصدر رئيس
التقريب
مستفيد محتمل
مستفيد
الأسرار للدبوسي
شرح الأقطع على مختصر القدوري

أثر الكتاب:

لاحظت أن الإمام القدوري في هذا الكتاب، وطريقته في التعبير انتقلت إلى تلميذه أبي نصر الأقطع في شرحه على مختصر شيخه القدوري، فهو يتبعه في التعليل والعرض وبناء المسألة. فتراه هنا إذا بدأ المسألة رتب الأدلة من الكتاب والسنة، ثم أتبعه بالتعليل، ويعبر في كل ذلك كما يعبر القدوري هنا، فيقول: لأبي حنيفة، لهما، في ذكر وجه الأقوال وعلتها، ثم يتبع كل قول بقوله: والأصل، لأن من أصله، وأصله، ونحوه من العبارات فيربط بذلك التعليل بما فرعت عليه المسألة. وهو نفس صنيع القدوري في هذا الكتاب نجده صورة منعكسة في شرح تلميذه **لمختصره**. وبذلك يتميز شرح الأقطع عن غيره من جهة أن تعبيره قريب جدًا من منهج شيخه في الشرح والتعبير اللفظي والبنية الشكلية والمنهجية. وكذلك ينعكس فيه منهج العراقيين من القصد إلى الفهم والتفقيه، وربط الفروع بأصولها، وبيان الأصول التي بنيت عليها المسائل، فينتج من ذلك طريق ثري لإنشاء ملكة فقهية، وتعليم منهج الخلاف وأسسه.

نسبة الكتاب للمؤلف:

نجد في قيد الفراغ تصريحًا باسم الكتاب، وأنه كتاب **التقريب**، وبالنظر في الكتب التي ترجمت للإمام القدوري نجدها تواردت جميعها على أن الكتاب للإمام القدوري كما صرح به صاحب **الجواهر المضية** في ترجمة الإمام القدوري، فقال: «وله **التقريب** في مجلد في مسائل الخلاف بين أصحابنا في مجلد»[1] وكذلك نسبه له ابن قطلوبغا في **تاج التراجم**، وصاحب **الطبقات السنية**، وغيرهم.

١ **الجواهر المضية**، ٩٣/١.

وقد يدل كذلك على نسبته للقدوري من نقلوا عن الكتاب من الفقهاء في كتبهم، فممن نقل عن الكتاب الزيلعي في **التبيين**، والعيني في **البناية**، وملا خسرو في **الدرر**، وابن نجيم في **البحر**، وابن عابدين في **الحاشية**. فيقولون: «قال القدوري في كتاب **التقريب**»، «ولم يفرق القدوري في **التقريب**»، وغير ذلك من عباراتهم في النقل من الكتاب. ومن هذه النقول المصرح فيها بالنسبة والنص المنقول موجود في القدر الذي بين أيدينا من الكتاب: «قال القدوري في **التقريب** ذكر ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومئة وقال الخارج أولى. اهـ. أتقاني»[١] وكذلك قول العيني: «وقال القدوري في كتاب "**التقريب**": قال أبو يوسف: إذا وجد المكاتب قتيلًا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة والدين لغرمائه ...إلخ»[٢]

وقد ذكرت بعض كتب التراجم أن للإمام القدوري كتابين باسم **التقريب**، أحدهما مختصر بدون الأدلة، جمع فيه أصول مسائل الخلاف بين الأصحاب، والتقريب الثاني الذي ذكر فيه الأدلة، وبعضهم اقتصر في الذكر على كتاب واحد. والنقول عنه في المصادر هو الكتاب الذي بين أيدينا التقريب الذي ذكر فيه الأدلة، وبين فيه وجوه الأقوال. ولكن الذي توارد عليه النقلة عنه أنهم يذكرون تقريبا واحدًا، والنصوص التي فيه هي التي في الكتاب الذي بين أيدينا كما ذكرت.

* * *

١ انظر: **تبيين الحقائق مع حاشية شلبي**، ٣٢٠/٤؛ وهي المسألة رقم: ٥٧٤.

٢ انظر: **البناية**، ٣٥٩/١٣؛ وهي المسألة رقم: ١٩٧.

وصف النسخة الخطية

نسخة مكتبة بايزيد الوطنية، قره مصطفى باشا، ٤٢٨:[١]

على الرغم من التفتيش في الفهارس عن نسخ أخرى للكتاب، والنظر في قواعد البيانات، إلا أني لم أعثر له إلا على نسخة واحدة، وهي نسخة مجموعة قره مصطفى باشا المرزيفوني، الملحقة بمكتبة بايزيد الوطنية، برقم: ٤٢٨.

وإن كان ورد ذكر الكتاب في بعض الفهارس، كما ورد في فهرس كتابخانه آية الله گلپايگاني، إلا أن العبارة الواردة في الفهرس من أول النسخة وآخرها دالة على أن المخطوط نسخة **لمختصر القدوري**، وليست لكتاب **التقريب**.[٢]

وكذلك وردت نسبة نسخة أخرى أنها كتاب **التقريب** للإمام القدوري، في مكتبة دارنده، برقم: ٤٣٣، وهو مجموع يحتوى كتبا أخرى، منها **الفوائد الزينية**، وبالنظر في النسخة لم نجد النص المنسوب الكتاب الذي بين أيدينا. والحاصل أنه بعد البحث والتفتيش لم أقف إلا على النسخة المذكورة، وهي نسخة قره مصطفى باشا.

تتألف هذه النسخة من: ٢٧٩ لوحة، وخطها مقروء مع عسره في عديد من المواضع. وقد ظننت أن هذا سببه أن النسخ كان إملاءً في مشهد أبي حنيفة في مجلس سماع للكتاب، كما يدل على ذلك قيد الفراغ في آخر النسخة، ولكن

---

١ وليتنبه أن المكتبة غيرت الترقيم مؤخرًا، فصارت الأرقام القديمة التي بين أيدينا لمكتبة قره مصطفى باشا، والتي في الفهرس الموحد لمخطوطات تركيا، ومنها هذا المخطوط الذي استعملته غير مطابقة للترقيم الحديث، والترقيم الحديث مع الأسف غير متوفر، فيحتاج الوصول إلى أي مخطوط من قره مصطفى باشا التواصل المباشر مع مكتبة الدولة بايزيد.

٢ أشكر الأستاذ عبد العاطي الشرقاوي على عونه في البحث عن نسخ أخرى للكتاب من خلال قاعدة بيانات مؤسسة علم، وعلى الدلالة على نسخة كتابخانه آية الله گلپايگاني.

ترددت في هذا الظن بعد الوقوف على ندرة الخطأ في النسخة، وقلة السقط فيها، فالله أعلم بما هنالك.

وفي آخر النسخة كتب ناسخها قيد الفراغ منها: «فرغ من نسخه: إبراهيم بن حماد الأهوازي، بمشهد الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه. وذلك في يوم الثلاثاء لسبع بقين من ربيع الآخر سنة ثمانين وأربعمئة».

والنسخة ساقطة الأول، يبلغ السقط من أولها مقدار ثلث الكتاب. وتحتوي على الأبواب الآتية، أوردها بترتيب ورودها في النسخة:

كتاب الأضحية، كتاب الأيمان، كتاب الغصب، كتاب الديات، كتاب الجنايات، كتاب الحدود، كتاب السرقة، كتاب قطاع الطريق، كتاب الهبة، كتاب الوقف، كتاب العارية، كتاب الوديعة، كتاب السير، مسائل السبق، كتاب الإقرار، كتاب الدعوى، كتاب أدب القاضي، كتاب الشهادات، كتاب الرجوع عن الشهادات، كتاب الوكالة، كتاب الحوالة والكفالة، كتاب المأذون، كتاب الصلح، مسائل المهايأة، كتاب القسمة، كتاب اللقطة، كتاب اللقيط، كتاب الإباق، كتاب المفقود، كتاب التحري، كتاب الحجر، كتاب الشرب، كتاب الأشربة، كتاب الحظر والإباحة، كتاب المزارعة، كتاب العتق في المرض، كتاب العين والدين، كتاب الوصايا، كتاب الفرائض.

فهذه تسعة وثلاثون بابًا من أبواب الفقه، تقدر بنحو ثلثي الكتاب بالنظر إلى عدد الأبواب، تضم ما يزيد على ألف مسألة من مسائل الخلاف بين أبي حنيفة وبين أصحابه رحمهم الله تعالى.

وبالنظر إلى ترتيب الأبواب بحسب ورودها في النسخة وبعد مقارنتها بترتيب أبواب كتب الحنفية الأخرى: **كالأصل**، و**الجامع الصغير**، و**مختصر الكرخي**، و**مختصر القدوري**، نجد أنها لم تجر على ترتيب واحد منها، ويفسر هذا أن الكتاب فيما أرجح

إملاء، ولم يحرره الشيخ، كما يدل عليه عدم تساوي عباراته وتفاوته في عرض المسائل في بعض المواضع.

كذلك يظهر على هامش النسخة آثار الاستدراك والمقابلة في بعض اللوحات، وإن كانت قليلة. وتخلو من التحشية والتعليق، إلا في مواضع نادرة.

وليس على النسخة قيد تملك ولا وقف إلا ختم قره مصطفى باشا المرزيفوني في آخر النسخة، ونص ختمه: «وقف هذا الكتاب لوجه الله الأجل الأكرم، مصطفى باشا الوزير الأعظم، ١٠٩١/١٦٨٠».

والنسخة خالية في أغلبها من النقط. وقد ضبط ناسخها بعض الكلمات عند الضرورة لإزالة الالتباس. وبها آثار سوس في الجزء الأعلى والأسفل من اللوحات، ولم يؤثر ذلك في قراءة أي جزء منها. وبها آثار رطوبة قليلة جدًا، غير مانعة من قراءة أي جزء منها.

ويلحظ سرعة كتابة الناسخ ما أدى إلى تفاوت في وضوح الكلمات مع مرور قدر من الكتاب، وصورة الخط بعامة قد يظن من خلالها أن الكتاب أملي إملاء، فاستنسخه المستنسخ إملاءً في مجالس. فبالإضافة إلى الكلام المذكور في بنية الكتاب أن بنيته ترجح أن يكون إملاء كذلك صورة المخطوطة تعين على احتمال إملاء النسخة.

* * *

المنهج المتبع في التحقيق

١ ـ نسخت المخطوط على أصله المبين سابقًا، وبيَّنتُ ترقيم لوحاته وفق المخطوط ليسهل مراجعة المخطوط عند الحاجة. وقابلته عليه.

٢ ـ رقمت المسائل الواردة في الكتاب، ليسهل الإحالة فيما بين المسائل، والرجوع إليها عندا الحاجة.

٣ ـ عنونت المسائل الواردة في الكتاب، مستعينًا بكتاب **الأصل**، و**شرح مختصر الطحاوي**، و**التجريد**، و**شرح القدوري على مختصر الكرخي**.

٤ ـ عزوت الآيات إلى سورها، ونقلتها من المصحف، لتوافق الرسم.

٥ ـ جعلت أسماء الكتب الواردة في الكتاب بخط بارز، مثل: **الأصل**.

٦ ـ وخرجت الأحاديث الواردة في الكتاب، مبينًا ذلك من مصادر الحنفية، ومن كتب الحديث المعتبرة، بذكر الكتاب والجزء والصفحة ورقم الحديث، وجعلت الأحاديث إذا كانت قولًا بين «».

٧ ـ قارنت مسائل الكتاب بالكتب السابقة عليه زمانًا من كتب الحنفية، فقارنته: بكتب ظاهر الرواية، خصوصًا **الأصل**، **والجامع الصغير**، وكذلك **بنوادر المعلى بن منصور عن أبي يوسف** على نسخته المخطوطة الفريدة، **ومختصر الطحاوي**، و**مختصر اختلاف العلماء**، **وشرح الجصاص على مختصر الطحاوي**، **والتجريد**، و**مختصر القدوري**، و**شرح القدوري على مختصر الكرخي** على نسخته المخطوطة، وأثبت في ذلك إحالة موجزة جدًا، ببيان الكتاب والجزء والصفحة، واستغنيت بذلك عن التعليق عليه لما فيه من الإعادة والتكرار.

ومن خلال هذا التتبع ظهرت مصادر المؤلف، ومكانته، ومكانة هذا الكتاب

في تراث كتب الخلاف في المذهب الحنفي، على ما يظهر في الكلام على الكتاب، والمؤلف في أثناء الدراسة.

٨ ـ وما شككت في قراءته من المخطوط وضعت صورة لفظه من النسخة الخطية في الحاشية، مع وضع القراءة التي وصلت إليها في المتن، وإلا فقدرت العبارة بين معكوفين [ ].

٩ ـ لم أتدخل في النص بتصويب إن كان للكلام وجه ولو بعيدًا، وما تدخلت فيه في النص وضعته بين معكوفين [ ]، وبينت الذي ورد في المخطوط في الهامش، وهي مواضع قليلة معدودة، يتضح الصواب فيها من المصادر ومن سياق المسألة.

١٠ ـ اقتصرت في ترجمة الأعلام على ذكر الترجمة موجزة في أول موضع مر فيه العلم، وتركت ترجمة المشهور منهم.

١١ ـ بينت معنى الكلمات الغريبة عند الضرورة باختصار.

١٢ ـ ورد في الكتاب عدم جزم الفعل بعد أداة الجزم في عدة مواضع، ولما تتبعتها وجدتها ليست ما اطرد عليه الكتاب، فأثبته على مقتضى المشهور في جميع ذلك، وإن كان حذف حرف العلة هو المشهور من لغات العرب، لكن قد ورد إثباتها في شواهدَ عدة من القرآن والحديث وأشعار العرب، قال أبو القاسم الزَّجَّاجي: «وهي لغة للعرب مشهورة متفق على حكايتها».[١]

١٣ ـ وضعت فهارس فنية للكتاب: فهرس للآيات، والأحاديث، والقواعد والضوابط الفقهية التي عللت بها المسائل، والاصطلاحات، والطوائف، والأماكن والبلدان، والكتب. وفهرست للأعلام سوى أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، ونحو

---

١ **الإيضاح**، ١٠٤؛ وانظر: **الكتاب**، ٣/٣١٥؛ **اللباب** للعكبري، ٢/١٠٨.

ذلك من الأسماء والاصطلاحات؛ إذ تكرر ذكرهم في كل صفحة تقريبًا من صفحات الكتاب، فلم يحسن تضخيم الفهرس بذلك. وأفردت فهرسًا للمواضع التي نص فيها القدوري على التخطئة والتغليط، لعلها تساعد الناظر فيه.

صنعتي في التحقيق:

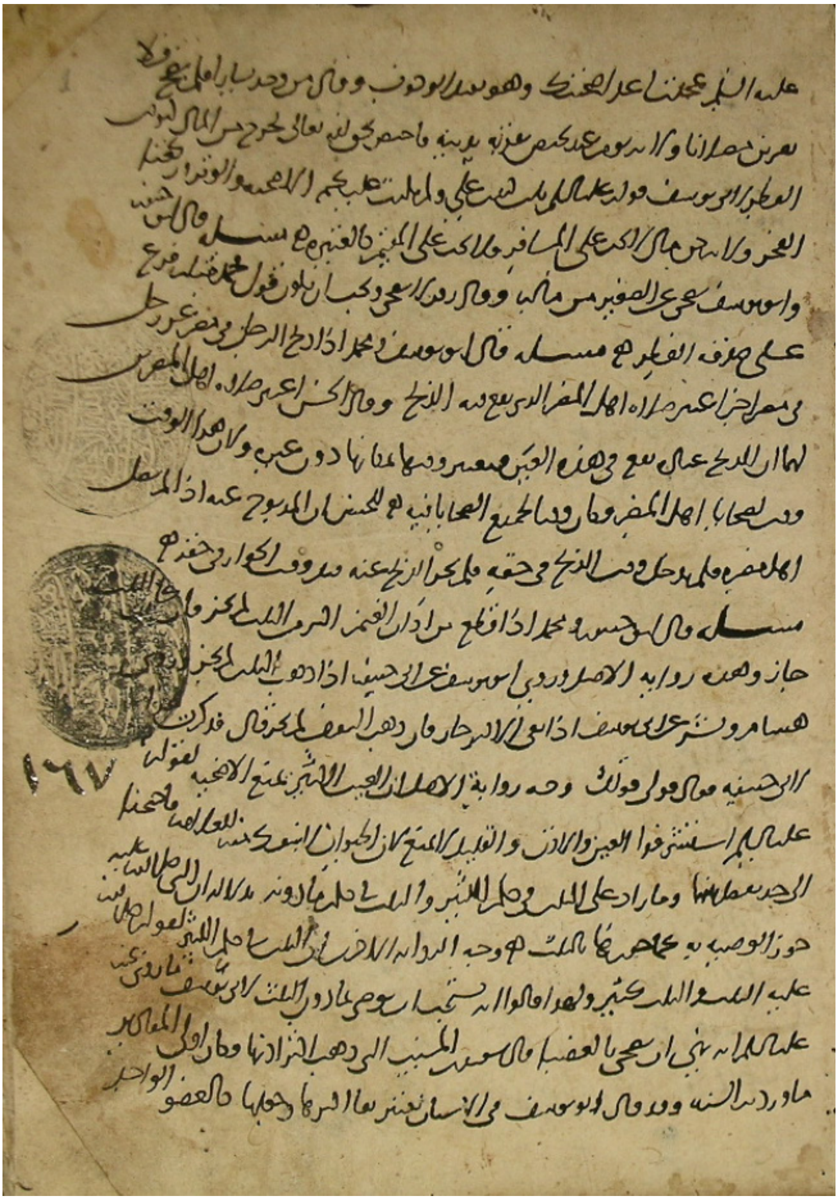
• لم أقصد إلى تطويل الكلام في أي موضع، فإن كان فيه إشكال أوردت عبارة توضحه، مبينة للمقصود مع السكوت عن التعليق.

• وكذلك بينت علاقات الكتاب والمسائل بالكتب الأخرى، والغرض الذي عقد لأجله الكتاب من خلال الإحالات المذكورة. فالأمر ليس خاليًا عن الإحالة على ما يحتاج إليه القارئ؛ بل الذي يحتاج إليه موجود، ولكن لم يسع أن أنقل عبارات الكتب، فيؤدي إلى التطويل والحشو، وهو ينافي الغرض من الكتاب الذي عقده الشيخ مختصرًا موجزًا، مما يؤدي إلى المحذور وهو منافة غرض المصنف، وهو لا يحسن، فالمحقق تبع للمؤلف، ماشٍ على غرضه، قاصد إلى إيصال القارئ لهذا الغرض.

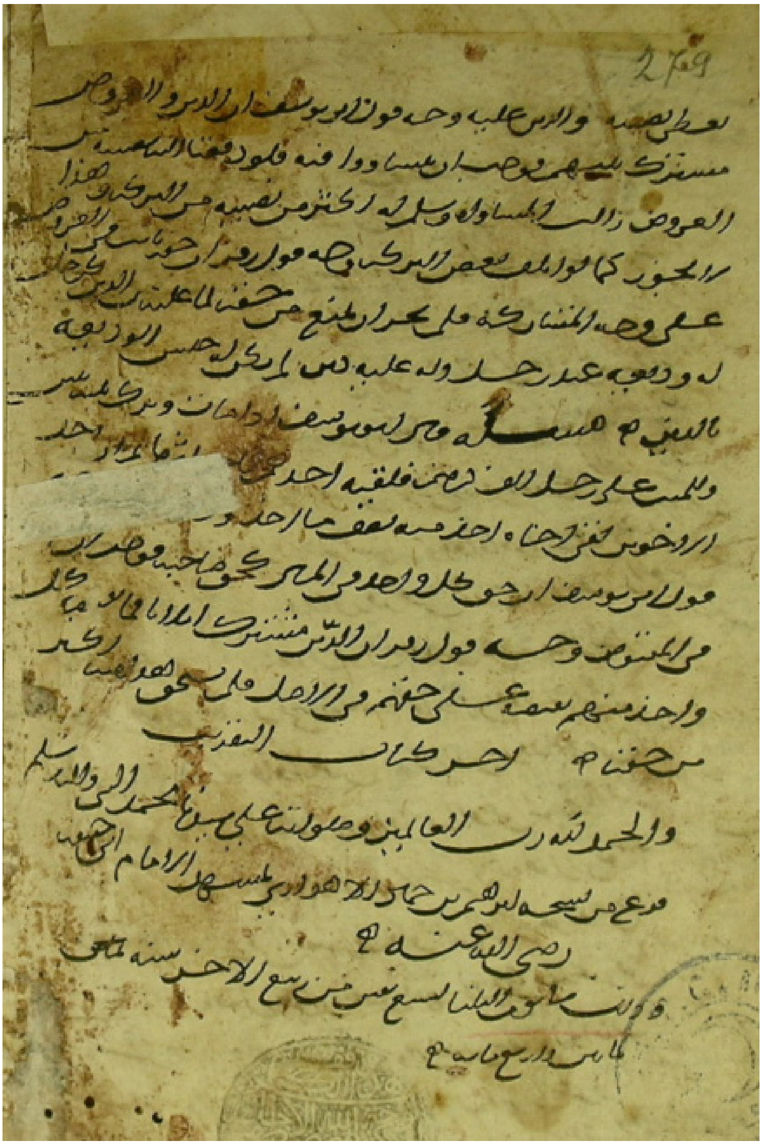
* * *

صورة النسخة الخطية

«أول المخطوط، نسخة مرزيفونلي قرة مصطفى باشا»



«آخر المخطوط، نسخة مرزيفونلي قرة مصطفى باشا»



«النص المحقق»

[كتاب الأضحية]

[حكمها]

[١.] [**مسألة** قال أبو حنيفة: الأضحية واجبة، وقال أبو يوسف:[١] سنة مؤكدة.

لنا قوله تعالى: ﴿قُلۡ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحۡيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾ [الأنعام، ١٦٢/٦]، وقوله][٢] [١و] عليه السلام: «عجلتَ أعد أضحيتك»،[٣] وهو يفيد الوجوب، وقال: «من وجد يسارًا فلم يضحّ فلا يقربَنَّ مصلانا».[٤] ولأنه يوم عيد يختص بقربة بدنية فاختص بحق الله تعالى، يخرج من المال كيوم الفطر.

لأبي يوسف: قوله عليه السلام: «ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم: الأضحية والوتر وركعتا الفجر».[٥] ولأنه حق مال لا يجب على المسافر فلا يجب على المقيم، كالعتيرة.[٦]

---

١ وقد ذكر قول محمد مع أبي يوسف في **التجريد**، وكذا ذكره معه الطحاوي.

٢ ما بين المعكوفين في الجزء المفقود من النسخة، وما أثبت من **التجريد** للقدوري، ٦٣١٧/١٢.

٣ انظر: **صحيح مسلم**، ١٥٥١/٣ (١٩٦٠)؛ **سنن ابن ماجة**، ١٠٥٣/٢ (٣١٥٢).

٤ **مسند أحمد**، ٢٤/١٤ (٨٢٧٣)؛ **سنن الدارقطني**، ٥١٤/٥ (٤٧٦٢).

٥ انظر: **مسند أحمد**، ٨٥/٥ (٢٩١٧)؛ **المعجم الكبير** للطبراني، ٣٠١/١١ (١١٨٠٢).

٦ قال الجصاص: «والعتيرة: ذبيحة كانوا يذبحونها في رجب، وهي منسوخة بدلالة الاتفاق». **شرح مختصر الطحاوي** للجصاص، ٣١٢/٧. | قال في القدوري: «**فإن قيل**: قرنها بالعتيرة، وقد سقطت. **قلنا**: الظاهر دل على وجوبها، فإذا سقط أحدهما بالإجماع، بقيت الأخرى». **التجريد**، ٦٣٢١/١٢.

[الأضحية عن الصغير من ماله]

[٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يضحي عن الصغير من ماله. وقال زفر: لا يضحي. ويجب أن يكون قول محمد مثله. فرع على صدقة الفطر.[١]

[الوقت المعتبر في الذبح عند اختلاف المصر]

[٣.] **مسألة** قال أبو يوسف ومحمد: إذا ذبح الرجل في مصر عن رجل في مصر آخر اعتبر صلاة أهل المصر الذي يقع فيه الذبح. وقال الحسن: اعتبر صلاة أهل المصرين.

لهما: أن الذبح عبادة تقع في هذه العين فيعتبر وقتها بمكانها دون غيره. ولأن هذا الوقت وقت لضحايا أهل المصر، فكان وقتًا لجميع الضحايا فيه.

للحسن: أن المذبوح عنه إذا لم يصل أهل مصره فلم يدخل وقت الذبح في حقه فلم يُجْزِ الذبح عنه قبل وقت الجواز في حقه.

[ما يجزئ من الأضحية وما لا يجزئ]

[٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قطع من آذان الغنم أكثر من الثُّلث لم يجز، فإن كان الثلث جاز، وهذه رواية **الأصل**.[٢] وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا ذهب الثلث لم يجز. وروى هشام[٣] وبشر[٤] عن أبي يوسف: إذا بقي الأكثر جاز، فإن

---

١ انظر: **الأصل**، ٢/١٧٥؛ **شرح مختصر الطحاوي** للجصاص، ٢/٣٥٧.

٢ **الأصل**، ٥/٤٠٩.

٣ هشام بن عبد الله الرازي. تفقه علي أبي يوسف ومحمد، ومات محمد في منزله بالري، ودفن في مقبرته. وله: **النوادر** و**صلاة الأثر**. **الفوائد البهية** للكنوي، ٢٢٣.

٤ بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد الكندي (ت. ٢٣٨هـ) القاضي. حمل الناس عنه من الفقه والنوادر والمسائل ما لا يمكن جمعها كثرة، وكان متقدمًا عند أبي يوسف. وروى عنه كتبه

ذهب النصف لم يجز. قال: فذكرت هذا لأبي حنيفة فقال: «قولي قولك».[١]

وجه رواية الأصل: أن العيب الكثير يمنع الأضحية؛ لقوله عليه السلام: «استشرفوا العين والأذن»،[٢] والقليل لا يمنع، لأن الحيوان لا ينفكُّ منه العلامة، فاحتجنا إلى حد يفصل بينهما، وما زاد على الثلث في حكم الكثير، والثلث في حكم ما دونه؛ بدلالة أن النبي صلى الله عليه جوَّز الوصية به؛ كما جوَّزها بالثلث.

وجه الرواية الأخرى: أن الثلث في حكم الكثير؛ لقوله صلى الله عليه: «الثلث والثلث كثير»[٣] ولهذا قالوا: إنه يستحب أن يوصي بما دون الثلث.

لأبي يوسف ما روي عنه عليه السلام: أنه نهى أن يُضحَّى بالعضباء.[٤] قال سعيد بن المسيب: «التي ذهب أكثر أذنها،[٥] فكان أولى المقادير ما ورد به السنة».[٦] وقد قال أبو يوسف في الأسنان: يعتبر بقاء أكثرها. وجعلها كالعضو الواحد؛ [١ظ] لأن المقصود منها واحد. وروى بشر عنه: أنه اعتبر بقاء ما يعتلف به فيها؛ لأنَّ المقصود منها العلف، فاعتبر بقاء المقصود.

وأماليه. **الجواهر المضية** للقرشي، ١/١٦٦-١٦٧.

١ انظر: **الأصل**، ٥/٤٠٩.

٢ **الأصل**، ٥/٤٠٨؛ **المعجم الأوسط** للطبراني، ٩/١٦١ (٩٤٢١).

٣ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٢/٥٦٠ (٦٤٩)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٦/١٨٠ (٣١٥٥٨).

٤ **مسند أحمد**، ٢/٦٦ (٦٣٣)؛ **سنن أبي داود**، ٤/٤٣٠ (٢٨٠٥)؛ **شرح معاني الآثار** للطحاوي، ٤/١٧٠ (٦١٩٩).

٥ وقد ذكره الطحاوي في **شرح معاني الآثار**، ٤/١٧٠ (٦١٩٩).

٦ قال البيهقي: «المكسورة القرن». **معرفة السنن** للبيهقي، ١٤/٣٤.

[٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترك جماعة في هدي يريدون به القربة، ومنهم من يريد الذبح عن ميّتٍ أجزاهم.[١] وروى محمد عن أبي يوسف: أنَّ ذلك لا يصحُّ.[٢] وذكر في **الأصل**: إذا اشتركت الجماعة فمات أحدهم فأرادوا أن يجعلوا نصيب الميت عنه أجزأ، فإن أرادوا به اللحم لم يجز،[٣] ولم يذكر خلافًا.

وجه قولهم: أنَّ الوارث له ولاية في فعل القُرَب عن الميت، بدلالة ما روي في حديث سعد أنّه قال للنبي صلى الله عليه: «إنَّ أمي افتلتت [نفسها]، وإنّها كانت تحبُّ الصدقة أفأتصدق عنها؟» فقال النبي صلى الله عليه: «نعم».[٤] فإذا كان فعل الوارث في القربة جائز صار الجميع على وجه القربة فجاز.

لأبي يوسف: أن فعل الوارث عن الميت بغير أمره لا يُقطع بجوازه، ولهذا قالوا إذا حجَّ عن الميت: "جاز إن شاء الله"، وإذا لم يُقطَع بجوازه صار كما أريد به اللحم.

[٦.] **مسألة** قال في **الأصل**: يجوز أن يضحى بشاة لا أذنَ لها في أصل الخلقة، وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنّها لا تجوز.[٥]

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٠٦/٥. | والضابط فيه ما قال الطحاوي في **مختصره**: «وإذا كانت كلها لله تعالى، وأرادوها من وجوه مختلفة من هدي وقران وأضحية وغيرها: أجزأهم جميعًا، وذلك لأنها قد خرجت مخرج القربة إلى الله، لا حقَّ فيها لآدمي». **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٥٢/٧.

٢ وقد نسب الجصاص القول بعدم الصحة لزفر أيضًا، ثم صحح القول الأول، معللًا: «لأنها إذا خرجت في جهة قربة، لم يختلف حكمها باختلاف أسبابها ووجوهها؛ لأن الحق فيها لواحد». **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٥٢/٧.

٣ انظر: **الأصل**، ٤٠٦/٥.

٤ انظر: **صحيح البخاري**، ١٠٢/٢ (١٣٨٨)؛ **صحيح مسلم**، ٦٩٦/٢ (١٠٠٤).

٥ انظر: **الأصل**، ٤١٠/٥؛ **التجريد**، ٦٣٥١/١٢.

وجه الرواية الأولى: أنَّ عدم الأُذن في الأصل ليس بعيب بدلالة أنَّ المشتري لا يملك الردَّ به، وإذا لم يُعَدّ عيبًا لم يمنع الجوازَ. **وجه الرواية الأخرى**: أنَّ عدم الأذن لما منع الأضحية استوى فيه الطارئ والأصلي كعدم العين.

[الأضحية عن الولد]

[٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: يجب على الغني أن يضحي عن ولده. وقال أبو يوسف: لا يجب.[١] وهذا فرع على اختلافهم في وجوبها، فعند أبي حنيفة: أنّها تجب عن نفسه، فكذلك عن ولده كالفطرة. وعلى قول أبي يوسف: لا يجب عن نفسه، وكذلك عن ولده. قال الحسن عن أبي حنيفة: يضحي عن ابن ابنه إذا كان أبيه[٢] ميتًا، ويجب على رواية **الأصل** في الفطرة: أن لا يلزمه، فتكون الروايتين في الأضحية كالروايتين في الفطرة.

[حكم المعين من الهدي والأضحية]

[٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أوجب على نفسه هديًا لم يزُل ملكه عنه. قال الطحاوي: «قياس [٢و] قول أبي يوسف: أن يزول».[٣]

لهما: أنّها قربة علَّقها بالعين فما لم يتم لا يُوجِب زوالَ الملك، كالنذر.

لأبي يوسف: أنه حق يسري إلى الولد فاستقر في الأصل، كالاستيلاد، وكل من قال باستقراره قال بزوال الملك. على هذا الأصل لا يورث عنه ويجوز بيعه فيه. وقال أبو يوسف: لا يورث ولا يباع.

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٠٧/٥. | قال الجصاص: «وحدُّ اليسار الذي يتعلق به وجوب الأضحية، هو ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر». **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٠٥/٧.

٢ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: أباه.

٣ ونسبه في **التجريد** إلى الشافعي. **التجريد**، ٢١٩٤/٤. وانظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٥٠/٧.

[حكم العقيقة]

[٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: العقيقة ليست بشيء. وقال محمد في العقيقة: تطوع، وقد كان أهل الجاهلية يفعلونها ففعلها الناس في الإسلام ثمَّ نُسِخَتْ بالأضحية، فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل. وهذا ليس باختلاف؛ **لأنَّ أبا حنيفة**: لا يمنع جوازها وإنّما يمنع من كونها سنة لا يُخَل بها كما لا يُخَل بسائر السنن.[1] **ومحمد**: خيَّر بين فعلها وتركها، وهذا يدل على الجواز ولا يدل على المسنون.

[ذبح شاة الغير]

[١٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا ذبح أضحية غيره بغير أمره جازت عن الأضحية استحسانًا ولم يضمن،[2] وقال زفر: لا يجزيه ويضمن.

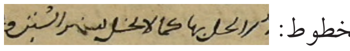
لنا: أنّه حق يتعين في الشاة على وجه يكره نقله إلى غيرها، ووقت الذبح معين، والإنسان في العادة لا يتولاه بنفسه، وإنّما يأمر الغير به فصار المعتاد في ذلك كالمنطوق به، فكأنه أَذِن في الذبح. **لزفر**: أنّه ذبح شاة غيره بغير أمره كشاة القصاب.

[التضحية بالمغصوب بعد الضمان]

[١١.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا غصب شاةً فضحَّى بها ثم ضمن قيمتها جاز عن الأضحية. وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أنّ الملك بالضمان يستند إلى حال الغصب، فكأنَّه ذبح ملك نفسه. **لزفر**: أنَّ الذبح حصل في ملك الغير فكان معصية، فلم ينقلب إلى الأضحية.

* * *

١ وصورته في المخطوط: 

٢ انظر: **الأصل**، ٤١١/٥.

كتاب الأيمان

[ما يكون يمينًا وما لا يكون]

[١٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف "بحق الله" فليس بيمين. قال الحسن عن أبي حنيفة: "وحقِّ الله" و"وجهِ الله" ليس بيمين. والحلف بوجه الله يمين السفلة. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنّه يمين. وقال أبو يوسف: "وحقِ الله" و"وجهِ الله" يمين. وروي عنه مثل قول أبي حنيفة.

لهما: أنَّ "حق الله" يُعبَّر به عن العبادات؛ بدلالة ما روي أنَّ النبي صلى الله عليه سئل: ما حق الله على عباده؟ فقال: «أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا».[١] [٢ظ] وإذا كان هذا عبارة عن العبادات صار كأنه قال: "والصلاة والصوم". **ولا يلزم**: "وعهدِ الله"، لأنَّ القياس أن لا يكون يمينًا، لأنّ العهد عبارة عن العبادات أيضًا، إلا أنهم تركوا القياس لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل، ٩١/١٦]، فدل على أنّ العهد يمين.[٢]

لأبي يوسف: أنّ المقصود من "حق الله" هو الإيمان وتركه كفر، فكأنه قال: "هو يهودي إن فعل كذا". وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ الحق يُعبَّر به عن جملة العبادات ولا يختص بواحد منها. وأما "وجه الله" فقال أبو يوسف: يراد به ذاته بدلالة قوله تعالى:

---

١ **صحيح البخاري**، ١٧٠/٧ (٥٩٦٧)؛ **صحيح مسلم**، ٥٨/١ (٣٠).

٢ انظر: **الأصل**، ٢٧٧/٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٩٥/٧.

﴿كُلُّ شَيۡءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجۡهَهُۥ﴾ [القصص، ٢٨/٨٨]، وكذلك قوله عليه السلام: «سجد وجهي»[١] المراد به ذاتي.

وجه رواية الحسن: أنّه لا يتعارف اليمين به فلم يقصد بالحلف.

[١٣.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا قال: "وأمانةِ الله" فهو يمين،[٢] وذكر الطحاوي عنهم: أنّه ليس بيمين.[٣]

وجه ما في الأصل: أنّه ليس هاهنا شيء معين يشار إليه بأنه "أمانة الله" فصار كقوله: "واللهِ الأمين"؛ ألا ترى أنه لما لم يكن شيء معين يشار إليه بأنه "عزة الله" صار كأنه قال: "واللهِ العزيز". **وجه الرواية الأخرى**: أنّ "أمانة الله" يُعبَّر بها عن الواجبات فكأنه قال: "والصلاةِ والصومِ".

[١٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا" كان حالفًا ويلزمه الكفارة إن فعله. وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل ذلك فيمن قال: "هو يعبد الصليب أو الوثن".[٤] قال أبو يوسف: وهذا استحسان. قال محمد فيمن قال: "أنا أعصي الله في جميع ما افترض": إنه ليس بحالف.

وجه القياس: أنّ اليهودية معصية فصار كقولهم: "أنا أشرب الخمر". **وجه الاستحسان**: أنّ اليهودية كفر، والكفر لا يستباح على التأبيد لحق الله، فصار كهتك حرمة اسمه. والكفارة إنما تجب لهذا المعنى.

---

١ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٣/٤٢٠ (٤٤٠٥)؛ **صحيح مسلم**، ١/٥٣٤ (٧٧١).

٢ انظر: **الأصل**، ٢/٢٧٧. | قال في **التجريد**: «قوله: وأمانة الله وحق الله سواء عندنا». **التجريد**، ١٢/٦٤٠٩.

٣ انظر: **مختصر الطحاوي**، ٣٠٥؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٧/٣٩٤.

٤ انظر: **الأصل**، ٢/٢٧٧

وما قاله محمد ليس باختلاف؛ لأن الغالب في قولهم: "أنا أعصي **الله**" أنهم يريدون المعاصي التي هي دون الكفر، [٣و] ولا يريدون به الكفر، فصار كقوله: "أنا أربي وأشرب الخمر".

[١٥.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "أشهد وأقسم" صار حالفًا وإن لم يذكر **الله** تعالى. وقال زفر: لا يكون حالفًا إلا أن يذكر **الله** تعالى.[١]

لنا: قوله تعالى: ﴿إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَٰفِقُونَ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافقون، ١/٦٣] ولم يقل: "نشهد **بالله**"، ثم قال: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون، ٢/٦٣]، فدلَّ على أنه يمين. ولقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُواْ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾ [القلم، ١٧/٦٨-١٨]، والاستثناء يدخل في الأيمان. ولأن عادة العرب قد جرت بالحلف بهذه الألفاظ ويحذفون اسم **الله** على طريقة الاختصار فصار كالمذكور. ولأن القسم لا يكون إلا **بالله** تعالى لأنه يقتضي تعظيم المُقسَم به فصار كأنه ذكره.

لزفر: أنّ قوله: "أشهد" يحتمل أن يكون المراد به أشهد **بالله**، ويحتمل أشهد بأمر أعلمه، فلا يُحمَل على اليمين بالشك. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه متى قال: "أشهد لا أفعل كذا" فدلالة الحال تدل على اليمين؛ لأن الامتناع إنما يقع بها، ودلالة الحال تؤثر في حكم الكلام.

[١٦.] **مسألة** قال محمد في **الجامع الكبير**: إذا قال: "واللهِ والرحمنِ لا أكلم فلانًا" فهما يمينان.[٢] وقال أبو يوسف وزفر فيمن قال: "واللهِ واللهِ لا أُكلِّم فلانا" أو قال: "واللهِ اللهِ" يمين واحدة، وهذا يقتضي أن يكون "واللهِ والرحمنِ" يمين واحدة أيضًا. وذكر الحسن عن أبي حنيفة أنه يمين واحدة. وعن أبي يوسف أنهما يمينان.

---

١ وأورد في **التجريد** قول الشافعي كقول زفر الذي أورده هنا. انظر: **التجريد**، ٦٤٠٥/١٢.

٢ انظر: **الجامع الكبير**، ٧٠.

وجه ما ذكره في الجامع: أنّه عطف أحد الاسمين على الاسم الآخر فخرج من أن يكون صفة، وصار كل واحد من الاسمين محلوفًا به، يبين ذلك: أن الحاكم لا يستحلف على هذا الوجه؛ لكونهما يمينين، فدلَّ على ما قلنا.

وجه قول أبي يوسف وزفر: أن المقصود بهذا يمين واحدة بدلالة أن الشرط واحد فصار كقوله: "واللهِ الرحمنِ". وقد قال أبو يوسف فيمن قال "واللهِ لا أكلم فلانًا، واللهِ لا أكلم فلانًا": إنهما يمينان، لمَّا كرَّر ذكر الشرط دلَّ على أنه أراد بإحدى اليمينين غير ما أراد بالأخرى. وقال زفر: هما يمين واحدة؛ لأنّ الشرط واحد، وإن كرَّره [٣ظ] فالظاهر أنّه أراد التكرار والتأكيد.

[١٧.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "كل حلٍّ عليَّ حرام" حُمِل على ما نوى إن كانت له نية، وإن لم تكن له نية حُمِل على الطعام والشراب.[١] وقال زفر: يحنث عَقيب يمينه، لأنّه فَعَل ما أحلَّ الله من التَّحركِ والتنفس.

لنا: أنَّ اليمين يعقد على ما يمكن الاحتراز منه، ولا يعقد على ما لا يمكن الاحتراز منه، بدلالة أنَّ المقصود بها الامتناع، وما لا طريق إلى فعله لا معنى للامتناع منه بيمين، ولهذا قالوا: لو قال لامرأته: "إن طلقتُكِ فعبدي حر" وقد كان قال لها: "إن دخلت الدار فأنت طالق" فدخلت لم يَعْتِقْ عبدُه، لأنّه لا يملك الاحتراز من طلاقٍ يقع بيمين سابقة. وإذا ثبت هذا قلنا: إنَّ التنفس والتحرك لا يمكن الاحتراز منه فلم يقصد باليمين، ووجب حملهما على ما يقصد في العادة، وأهم الحلال الأكل والشرب، لأنَّ بهما قوام النفس فوجب حمل اليمين عليهما، فلا يحمل على اللبس والوطء؛ لأنّه ليس هو أهم المقصود.

لزفر: أنَّ التحرك والتنفس حلال، فعموم يمينه يتناوله فحنث بوجوده، ولم يجز تخصيص اليمين بغير دلالة.

---

١ انظر: **الأصل**، ٤/٤٥٢.

[مسائل النذور]

[١٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا نذر أن يتصدق بماله لزمه أن يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة استحسانًا، والقياس أن يتصدق بجميع ماله، وهو قول زفر. وذكر في المناسك أن يتصدق بجميع ماله، فيجوز أن يكون القياس.

ووجهه: أن المال عبارة عما يُتموَّل وهذا موجود في الجميع. ولأنه لا فرق بين قوله: "مالي" و"ملكي"، فإذا لزمه أن يتصدق بالجميع في أحدهما كذلك الآخر.

وجه الاستحسان: أنَّ النذور محمولة على أصولها في الفروض، لأن ما يوجبه على نفسه فرع على ما أوجبه الله تعالى، ولهذا لا يصح إيجاب ما لا أصل له في الواجبات، ومعلوم أن الله تعالى خصَّ الحقوق المتعلقة بالأموال [بمال][1] دون مال، كذلك ما أوجبه على نفسه يجب أن يختص. [٤و]

[١٩.] **مسألة** المشهور عن أصحابنا أنَّ النذور المتعلقة بالشرط يجب الوفاء بها كالنذر المطلق. وروى عبد العزيز بن خالد[2] عن الوليد بن أبان[3] أنَّ أبا حنيفة رجع عن هذا، وقال: تجزئ فيه الكفارة، وهي رواية المزني عن علي بن معبد[4] عن محمد.

---

١ والذي في الأصل: بما، والذي قدرته يقتضيه السياق. وصورة ما في النسخة: . ويشير إلى المقصود ما ذكره في **التجريد**: «لزكاة أمر الله تعالى بأخذ بعض المال، فاختص الوجوب بالمال، وهاهنا قال: أتصدق بالمال. فتخصيص جنس الموجب كما تخصص هناك جنس الموجب فيه». **التجريد**، ٦٥١٢/١٢.

٢ عبد العزيز بن خالد الترمذي من أصحاب الإمام. **الجواهر المضية**، ٣١٧/١.

٣ من أصحاب الإمام. **أخبار أبي حنيفة** للصيمري، ٢٢.

٤ علي بن معبد بن شداد العبدي من أصحاب محمد بن الحسن. **الجواهر المضية**، ٣٧٩/١.

وجه قولهم المشهور: قوله صلى الله عليه: «من نذر نذرًا سماه فعليه الوفاء به».[١] ولأنّه لو أطلق لزمه، كذلك إذا علَّقه بشرط، كالعتق وقوله: "إن شفى الله مريضي".

وجه الرواية الأخرى: ما روي عن ابن عُمر وابن الزبير وعبدالله بن عَمرو أنّه تجزئ فيه كفارة يمين. ولا يُعرَف لهم مخالف. ولأنَّ المقصود منه الامتناع دون الإيجاب؛ ألا ترى أنّه لو أراد الإيجاب لأطلق، فصار في معنى اليمين، وقد قال الطحاوي: القياس أن لا يلزمه شيء، لأنّه لم يوجب على نفسه، وإنما قصد الامتناع فصار في حكم اليمين، والأيمان لا يلزم بها الإيجاب.[٢]

[٢٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "لله عليَّ المشي إلى بيت الله أو مكة أو الكعبة" لزمه إحرام، إما حج أو عمرة.[٣] ولو قال: "لله علي المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام" لم يلزمه شيء عند أبي حنيفة. وقالا: يلزمه إحرام.[٤]

لأبي حنيفة: أنَّ القياس ينفي وجوب الإحرام بنذر المشي، لأنّ المشي ليس بقربة فلم يصح إيجابه. ولأن الإحرام ليس في لفظه، وما ليس في لفظه المُوجِب لا يصح إيجابه. وإنما استحسن في قوله: "لله علي المشي إلى بيت الله" لأنّ أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله حافية حاسرة، فقال له النبي صلى الله عليه: «إنّ الله غني عن عناء أختك، قل لها فلتركب ولتحرم بحجة أو عمرة ولتذبح شاة».[٥] ولأنَّ هذا اللفظ في العادة يذكر ويراد به إيجاب الإحرام، والمعتاد كالمنطوق. فأما الكعبة فهي

١ **أحكام القرآن** للجصاص، ٢٨٧/٣؛ **السنن الكبرى** للبيهقي، ٧٢/١٠.

٢ انظر: **مختصر اختلاف العلماء**، ٧٥٢/٣.

٣ انظر: **الأصل**، ٢٧٧/٢.

٤ انظر: **الأصل**، ٢٧٨/٢.

٥ **شرح مشكل الآثار**، ٣٩٧/٥. **صحيح البخاري**، ٢٠/٣ (١٨٦٦)؛ **صحيح مسلم**، ١٢٦٤/٣ (١٦٤٤).

بيت الله، فحكم ذكر أحدهما كحكم الآخر. وأما مكة فلأنهم يعتادون إيجاب الإحرام بذكرها فيقول القائل: "لله علي المشي إلى مكة" كما يقول: "إلى الكعبة" فتساويا. وأما المسجد الحرام والحرم فلم تجر عادة بإيجاب [٤ظ] الإحرام بهما ولا ورد به أثر فبقي على أصل القياس.

لهما: أن الحرم والمسجد الحرام في مضمونهما البيت فصار كمكة. ولأنه لا يتوصل إليهما إلا بإحرام كبيت الله.

[٢١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا نذر أن يصلي في مكان فصلى في غيره جاز. وقال أبو يوسف: إن كان أفضل منه جاز، مثل من نذر أن يصلي في بيت المقدس فصلى في المسجد الحرام جاز، وإن كان أنقص منه لم يجز. وقال زفر: لا يجوز في الوجهين.

لهما: ما روي أن رجلًا قال للنبي صلى الله عليه في يوم الفتح: إني نذرت إن فتح الله علينا مكة أن أصلي ركعتين في بيت المقدس. فقال له: «صلِّ هاهنا».[١] ولأن النذور محمولة على أصولها في الفروض، والصلاة في الأصل لا تختص بمكان فكذلك فيما يوجبه على نفسه. ولا يلزم المغرب ليلة المزدلفة؛ لأنها تجوز في غير ذلك المكان، ألا ترى أنه لو صلى في الطريق ثم طلع الفجر جاز.

لزفر: أن المكان يتعلق به فضيلة، بدلالة قوله عليه السلام: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة غيره إلا المسجد الحرام»،[٢] وإذا أوجب العبادة بصفة الفضيلة لم تجز على غير تلك الصفة.

وأما أبو يوسف فقال: إذا أدَّاها أفضل مما أوجبها جاز، لأنه فعل ما أوجب

---

١ **مصنف عبد الرزاق**، ٤٥٥/٨ (١٥٨٩٠)؛ **مسند أحمد**، ١٨٥/٢٣ (١٤٩١٩).

٢ **الآثار** لأبي يوسف، ٦٥؛ **صحيح مسلم**، ١٠١٢/٢ (١٣٩٤).

وزيادة أخرى، وإن أدَّى أنقص منه لم تجز. وهذا الخبر لا دلالة فيه؛ لأنه محمول على الفريضة فأما غيرها فلا يفضل بالمكان؛ بدلالة قوله عليه السلام: «صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجده إلا المكتوبة».[١]

[نذر ذبح ولده]

[٢٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا نذر نحر ولده لزمه ذبح شاة يتصدق بلحمها استحسانًا. وقال أبو يوسف: لا يلزمه شيء. وهو القياس.[٢]

ووجهه: أنه نذر ما لا يملك، فصار كنذر مال ابنه. ولأنه لو نذر قتل ولده لم يلزمه شيء فكذلك ذبحه، لأن المستفاد بأحد اللفظين هو المستفاد بالآخر. ولأنه معصية والمعاصي لا يجوز إيجابها.

وجه الاستحسان: ما روي أن إبراهيم عليه السلام نذر ذبح أول ولدٍ يُولَد له ثم نسي فأُرِيَ [٥و] في المنام أن في بنذرك، ثم أمر بذبح شاة،[٣] وشرائعهم لازمة لنا إلا أن يدل دلالة على نسخها. ولأن الله تعالى قال: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾ [الأنعام، ٩٠/٦] فأمره بالاقتداء بشريعتهم. وروي عن ابن عباس أنه قال: «يجب شاة». وعن ابن عمر مئة بدنة، ولا يعرف لهم مخالف. فمن قال: "لا يجب شيء" خالف الإجماع.

١ **صحيح البخاري**، ١٤٧/١ (٧٣١)؛ **صحيح مسلم**، ٥٣٩/١ (٧٨١).

٢ انظر: **الأصل**، ٢٧٩/٢.

٣ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٢٤/١٦ (٣٢٤٨٣).

[نذر ذبح نفسه]

وقد روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة فيمن نذر نحر نفسه: أن عليه شاة. وقال أبو يوسف: لا يلزمه شيء.

لأبي حنيفة: أن الإنسان لنفسه أملك منه لولده فإذا لزمه بنذره نحر ولده ففي نفسه أولى، وليس هذا من القياس على موضع الاستحسان؛ لأن الاستدلال يجوز بالأَولى في هذا الموضع.

ومن أصحابنا من حكى عن أبي حنيفة: أنه لا يلزمه في نفسه ولا في أبيه ولا في أمه، هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، ويلزمه في ولد ولده. وأما إن نذر نحر عبده لم يلزمه شيء عند أبي حنيفة. وقال محمد: يلزمه. **لأبي حنيفة**: أن عبده لم يجر مجرى جزء منه كالأجنبي. **ومحمد** يقول: إنه أملك لعبده منه لولده، فإذا لزمه في ولده ففي عبده أَولى.

[النذر بنحر بدنة]

[٢٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا نذر نحر بدنة لزمه في أيِّ موضع شاء. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الحرم.

لهما: أن البدنة مأخوذة من البدانة والعِظم وهذا لا يختص الحرم. **لأبي يوسف**: قوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحج، ٣٦/٢٢] وهذا اللفظ يختص الحرم بدلالة قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة، ١٥٨/٢].

[هل يراد النذر واليمين بلفظ واحد؟]

[٢٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز أن يراد باللفظ الواحد النذر واليمين. وقال أبو يوسف: إن نواهما حُمِل على النذر دون اليمين،[١] وقد بيَّنَّاها في الصيام.[٢]

وعلى هذا الأصل: قال أبو يوسف فيمن قال: "لله عليَّ أن لا أدخل الدار" وأراد به النذر واليمين: إنه يُحمَل على اليمين؛ لأن حمله على النذر إبطال فائدة الكلام، فكان حمله على ما يفيد أولى. ولو قال: "لله علي أن أعود مريضًا" حُمِل على النذر؛ لأنه تضمن قربة، واليمين لا يتضمن القربة. ولو قال: "كل حلٍّ عليَّ حرام" ونوى به الأكل والطلاق حُمِل على الطلاق.

وجوَّز أبو يوسف: [٥ظ] حمل اللفظ على الحقيقة والمجاز؛ لأنه يجوز أن يُرادا بلفظة واحدة؛ لأنه لا تنافي بينهما، والنذر واليمين بينهما تناف، لأن اليمين لا يفيد الإيجاب والنذر يفيد.

---

١ قال الجصاص مبينًا: «**فإن قيل**: لا يجوز أن تكون لفظة واحدة للإيجاب واليمين؛ لأنهما معنيان مختلفان، لا يجوز دخولهما تحت اللفظ. ولأنه إذا أراد به اليمين كان بمنزلة قوله: والله لأفعلنَّه، فلا يجوز أن يكون للإيجاب. **قيل له**: ما تعلَّق باللفظ من حكم اليمين إنما هو إيجاب الكفارة بالحنث، وكذلك لزوم الوفاء بالقربة الموجبة بالنذر، هو من طريق الإيجاب، فليس ما تحت اللفظ مختلفًا من جهة الوجوب، فلم يمنع أن يكونا موجبين بلفظ واحد. وذهب أبو يوسف إلى ما ذكرنا، من أن لفظًا واحدًا لا يجوز أن يراد به المعنيان جميعًا». **شرح مختصر الطحاوي**، ٥٠٥/٧.

٢ وكتاب الصيام في المفقود من الكتاب.

[كفارة اليمين]

[الكفارة بالمكاتب]

[٢٥.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أعتق مكاتبه عن كفارة يمينه جاز استحسانًا إذا لم يكن أدَّى شيئًا، والقياس أن لا يجوز، وبه قال زفر.[١]

وجه القياس: أنه استحق الحرية من غير جهة الكفارة فصار كالمدبر. **وجه الاستحسان**: أن عِتقَ المكاتب فسخ للكتابة؛ ألا ترى أنه المعقود عليه قبل انبرام العقد، فصار كإتلاف المبيع قبل القبض، وإذا انفسخت الكتابة وقع العتق في غير مكاتب، وليس كذلك إذا أدى شيئًا، لأنه أخذ عوضًا عن رقبته، فكأنه أُعتق بعوض.

[الكفارة بعتق ذي رحم]

[٢٦.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا اشترى أباه ينوي به كفارة اليمين أجزاه استحسانًا. وقال زفر: لا يجوز عن كفارته. وهو القياس.[٢]

ووجهه: أنه استحق الحرية من غير جهة الكفارة كأم الولد. **وجه الاستحسان**: أن السبب الذي يتعلق به الحرية من جهته وُجِد مقارنًا لنية الكفارة، كمن قال لعبده: "أنت حر عن كفارة يميني".[٣]

[الكفارة بعبد بين شريكين]

[٢٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه عن كفارة لم يجز؛ لأن **من أصله**: أن العتق يتبعَّض فيصير باقيه ناقصًا بحق الحرية وذلك النقص لم

---

١ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٢.

٣ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٢-٢٨٣.

ينصرف إلى الكفارة، فإذا ضمن فأعتق صار كما أعتق عبدًا لآخر.[١] **وعلى أصلهما**: العتق لا يتبعض، فإذا كان موسرًا مَلك نصيب شريكه وعتق عليه، فكأنه ملك ثم أعتق، وليس كذلك إذا كان معسرًا؛ لأن السعاية وجبت فصار كالعتق بعوض.

[الكفارة بعتق عبد الغير على عوض وبدونه]

[٢٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "أَعتِقْ عبدَك عن كفارتي بألف" فأعتقه جاز. وقال زفر: لا يجوز.[٢]

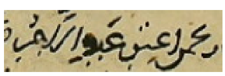
لنا: أن العتق عن الكفارة لا يجوز إلا بالتمليك، فكأنه قال: "مَلِّكْنِيْه ثم أعتقه عني" فقوله: "فهو حر" قائم مقامَ "ملَّكتُك" ومقامَ العتق، وليس يمتنع أن يقوم اللفظ الواحد مقام أمرين، كما قالوا فيمن قال: "بعتك هذا العبد بألف" فقال المشتري: "فهو حر": [٦و] إن ذلك يقوم مقام القبول والعتق.

لزفر: أنه لو صح هذا لوقعت الحرية والملك في حالة واحدة وهذا لا يجوز؛ لتنافيهما.

وأما إذا قال: "أعتقه عن كفارتي" ولم يذكر عوضًا لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يجوز.[٣]

لهما: أن العتق عنه يقف على التمليك، والتمليك بغير عوض هبة، والهبة لا تُملك قبل القبض، فصار العتق من الواهب قبل القبض فلا يقع عن الموهوب له، كما لو وهب له عبدًا فوكّل الموهوب له الواهب بعتقه قبل قبضه. **ولا يقال**: لو كان كذلك

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٣.

٣ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٣.

لم يجز عتقه على رطل خمر، **لأن** الملك في البيع الفاسد يقف على القبض كالهبة؛ وذلك لأنه وإن كان تمليكًا فهو في حكم العتق على مال، فلا يقف على القبض.

لأبي يوسف: أن العتق عنه لما لم يصح إلا بعوض، ولم يذكر العوض كان تمليكًا بالقيمة، فكأنه قال: "ملِّكنيه بقيمته وأعتقه عني".

[تفريق الكفارة]

[٢٩.] **مسألة** المشهور عنهم أن من أطعم خمسة وكسا خمسة في كفارة اليمين أجزأ أحدهما عن الآخر بالقيمة. وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا نوى ذلك عند الإخراج جاز، وإن لم ينو لم يجز.[١]

لهما: أن أحد الجنسين لا يجري مجرى الآخر إلا على وجه القيمة، فوجب أن يحمل إخراجه على الوجه الجائز حتى لا يؤدي إلى إبطاله. ولأن القيمة كالمنصوص عليه عندنا فلا يفتقر إلى أكثر من نية الكفارة، وليس كذلك إذا أخرج الطعام الجيد عن الوسط؛ لأن الجودة لا قيمة [لها] عند ملاقاة جنسها، فكأنه أخرج الواجب، وليس كذلك إذا أخرج الحنطة والشعير في الفطرة؛ لأن من أصحابنا من جوَّزه بالقيمة، ومنهم من منع؛ لأن الجميع نُصَّ عليه لغرض واحد، فصار كالنوع الواحد فلا يجزي بعضه عن بعض بالقيمة. وفي مسألتنا كل واحد من الإطعام والكسوة الغرض فيه غير الغرض عن الآخر، لأن الإطعام يسد الجوعة، والكسوة يستر العورة، فجاز أحدهما عن الآخر.

لأبي يوسف: أن كل واحد يجزي عن نفسه ويجزي عن القيمة، فصار كالديون المختلفة والكفارة [٦ظ] المختلفة، ولا يجزي عن أحدهما إلا بالنية.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٣.

[الكفارة عند اتحاد جنس الموجب]

[٣٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا كانت جنس واحد لم يجب فيها نية التعيين. وقال زفر: لا بد من تعيين النية.[١]

لنا: أن الموجب لأحدهما مثل الموجب للآخر، والمسقط لأحدهما مثل المسقط للآخر، فصار كقضاء أيام من رمضان. **لزفر**: أنها عبادات مختلفة فلا فرق بين أن يتماثل أو يختلف في تعيين النية، كالظهرين والظهر والعصر.

[دفع الكفارة لذمي]

[٣١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز دفع الكفارة إلى الذمي. وقال أبو يوسف: لا يجوز. **لنا**: أن من جاز دفع النفل إليه جاز الفرض، كالمسلم. **لأبي يوسف**: أنها صدقة واجبة كالزكاة.[٢]

[الصيام في الكفارة]

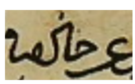
[٣٢.] **مسألة** روى هشام عن محمد فيمن له أقل من مئتين: أجزاه أن يصوم عن كفارة يمينه. وروى ابن سماعة عنه: أن الصوم لا يجزيه إلا أن لا يمكنه الإطعام. وروى هشام عن أبو يوسف فيمن فضل عن حاجته[٣] مائتا درهم فصاعدًا فعليه كفارة اليمين.

لأبي يوسف: أن من لا يملك مئتين يحل له الصدقة كالفقير. **لمحمد**: أن في ملكه ما يتوصل به إلى الإطعام، فصار كمن في ملكه عبد لزمه عتقه وإن لم يملك

---

١ قال القدوري: «قال أصحابنا: إذا كان عليه كفارات من أجناس؛ لم يجزه التكفير إلا بنية معينة. وإن كانت من جنس واحد جازت بنية التكفير استحسانًا». **التجريد**، ٥١٠٥/١٠.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٨٧/٢.

٣ وصورته في المخطوط: 

مئتين. وقد ذكر في كتاب الأيمان فيمن عليه دين مستغرق وفي يده من المال مقدار دينه: أنه يقضي ثم يصوم عن كفارته. وظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا يجوز الصوم مع ثبوت يده على المال. ثم قال: «ألا ترى أن الصدقة تحل له». وهذا التعليل يوجب جواز الصوم وإن لم يؤدِّ دينه؛ لأن الصدقة تحل له، إلا أن هذا التعليل ليس بصحيح في الكفارات؛ لأن من لا يملك إلا عبدًا واحدًا يلزمه عتقه، وإن جاز له أخذ الصدقة.

[الجمع بين الكفارات]

[٣٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كان عليه كفارتان من ظهارين فأطعم ستين صاعًا ينويهما، أجزاه عن أحدهما. وقال محمد: يجزي عنهما. وقال زفر: لا يجزي عنهما.[١]

لهما: أن الكفارات من جنس واحد لا يحتاج فيها إلى تعيين النية بدلالة جوازها بنية الكفارة، فكل [٧و] نية لا يحتاج إليها فهي لغو، فكأنه أطعم لا ينوي إلا الكفارة فيجزي عن كفارة واحدة، وليس كذلك إذا نوى بالإطعام كفارتين من جنسين، لأن نية التعيين يحتاج إليها فتعلق بها الحكم فجاز عنهما.

وجه قول محمد: أن نية التعيين يحتاج إليها ليجزي المدفوع عن الكفارتين، بدلالة أنه لو لم ينو لم يجز إلا عن أحدهما، فإذا كان لها فائدة ثبت حكمها فجازت عن الكفارتين، كما لو كانتا من جنس. وما قاله ليس بصحيح؛ لأن نية التعيين لما سقطت صار مُخرِجًا لأكثر ما وجب عليه، ومن وجب عليه حق فأخرج أكثر منه جاز.

لزفر: أن ما أخرجه لما لم يجز عن الكفارتين صار بعضه فرضًا وبعضه نفلًا، فكأنه أطعم ابتداءً ينوي الكفارة والنفل فلا يجزئ عن الفرض.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢/٢٨٨.

[ما لا يجزئ في الكسوة]

[٣٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: لا يجزئ في الكسوة السراويل والخف والقلنسوة، وهو إحدى الروايتين عن محمد. وروى ابن سماعة عنه جواز السراويل والإزار في الكسوة.[١]

لأبي يوسف: أن الله تعالى أوجب ما يسمى كسوة، وإطلاق الاسم لا يتناول السراويل؛ لأنه لا يقال: "فلان مكتسي" إذا كان عليه سراويل، ولا يقال: "كسا فلان فلانًا" وإذا لم يتناوله الاسم لم يجز. **لمحمد**: أن المقصود من الكسوة ستر العورة، وهذا المعنى موجود في السراويل والإزار؛ ألا ترى أن الصلاة تجزئ فيه فصار كالقميص. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لو اعتبر ما تجزئ فيه الصلاة لم يجز في المرأة الثوب الواحد وهذا لا يقوله أحد.

[الحلف على السكنى]

[٣٥.] **مسألة** روى هشام عن محمد فيمن حلف "لينتقلنَّ من هذه الدار" أو "لا يسكنها" فخرج وترك فيها ما لا يسكن بمثله في البيوت لم يحنث، وإن ترك ما يسكن بمثله حنث. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كان يتشدد في هذا ويقول: ما بقي من متاع قليل أو كثير حنث.[٢]

وجه رواية محمد، وهي الصحيحة: أن الإنسان قد ينتقل من الدار ويترك فيها وتد فلا يوصف بالسكنى؛ لأن ذلك غير مقصود ولا يمكن الاحتراز منه، وكأن المعني فيه أنه لا يسكن بمثله في العادة. **وجه الرواية الأخرى**: أنه صار ساكنًا بنفسه وماله، [٧ظ] فإذا بقي شيء من ذلك لم يزُل السُّكنى.

---

١ **التجريد**، ٦٤٣٢/١٢.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٢٥/٧-٤٢٧.

[٣٦.] **مسألة** قال في **الأصل** فيمن حلف "لا يساكن فلانًا في هذه الدار"، فاقتسماها وضربا بينهما حائطًا، فانفرد كل واحد منهما بطريقه وبابه: إنه يحنث.[١] وروي عنهم أنه لا يحنث حتى يكون طريقهما وبابهما واحدًا.

وجه الرواية الأولى: أن اليمين إذا تعلقت بالعين اعتبر فيها بقاء الاسم. **الدليل عليه**: من حلف "لا يدخل هذه الدار" فدخلها بعد ما خربت حنث، واسم السكنى موجود وإن قسمت، فوجب أن يحنث. **وجه الرواية الأخرى**: أن المقصود بالمساكنة المؤانسة والاختلاط، فإذا قسمت الدار وانفرد الباب والطريق لم يوجد هذا المعنى فلا يحنث.

[الحلف على دخول الدار]

[٣٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا حلف "لا يدخل دار فلان هذه" فباعها المحلوف عليه لم يحنث. وقال محمد: يحنث.[٢]

لهما: أن الدار لا تقصد بالمعاداة، وإنما يمتنع من دخولها لمعنى يعود إلى مالكها، فصار المالك هو المقصود، فكأنه قال: "ما دام ملكها لفلان". ولأن الظاهر أنه امتنع من دخولها استخفافًا بصاحبها، وهذا المعنى يختص ببقاء الإضافة؛ ولهذا المعنى قالا فيمن حلف "لا يكلم عبد فلان هذا" فباعه مولاه ثم كلمه: لم يحنث؛ لأن العبد لا يُعادَى لمعنى يعود إليه مستخفٌّ به، وإنما المقصود المولى، فانعقدت اليمين على بقاء الإضافة. وليس هذا كقوله: "لا أكلم صاحب هذا الطيلسان" وكلَّمه بعد ما باعه أنه يحنث؛ لأن الإنسان لا يعادى لمعنى يعود إلى طيلسانه، وإنما يقصد في نفسه، فصارت اليمين متعلقة على عينه والطيلسان للتعريف، وكذلك قوله: "لا أكلم

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٠٣/٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٠٩/٢.

صديق فلان" لأن الإنسان لا يعادى لمعنى يعود إلى صديقه، وإنما يقصد في نفسه بالمعاداة فصار هو المقصود. ولا يلزم إذا قال: "لا أكلم زوجة فلان هذه" فكلمها بعد ما طلقها فلان أنه يحنث؛ لأن الزوجة تقصد في نفسها بالعداوة والولاء، والمقصود عينها والإضافة للتعريف؛ [٨و] ولأن الإنسان لا يمتنع من كلام امرأة غيره استخفافًا بزوجها، لأن الزوج في الغالب يكره كلامها للأجنبي، فعُلم أنه ترك كلامها لمعنى يعود إليها، وليس كذلك الدار؛ لأن دخولها يترك لأجل صاحبها في الغالب. ولأن زوج المرأة لا يملك منعها من كلام الناس، فلم يكن الامتناع لمعنى يعود إليه، وصاحب الدار يملك منع الناس من دخول داره فصار الامتناع لأجله إذا كان يملك الإذن في ذلك.

لمحمد: أن التعيين إذا حصل سقط حكم الإضافة، أصله قوله: "لا أكلم صاحب الطيلسان" و"لا أكلم زوجة فلان". ولأنه لو أراد الإضافة أطلق اليمين، فلما قيدها بالعين دلَّ على أنه أراد العين، والإضافة للتعريف.

[٣٨.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا حلف لا يدخل على فلان لم يحنث حتى يدخل عليه في بيت أو صُفَّة.[١] وعن محمد أنه إذا دخل عليه وهو قائم في صحن الدار: حنث.

وجه رواية الأصل: أن الدخول المعتاد على الإنسان أن يدخل عليه في مجلسه من داره؛ ألا ترى أن السَّقَّاء يدخل الدار ولا يكون داخلًا على صاحبها وإن دخل الصحن، فدل أن هذا ليس بمقصود فلا يتناوله اليمين. **لمحمد**: أن الدخول على الإنسان المقصود منه إعظامه وإكرامه، وهذا المعنى موجود على أيّ صفة كان الدخول فوجب أن يحنث.

[٣٩.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا حلف "لا يدخل دار فلان" فوقف على حائطها حنث. وقال زفر: لا يحنث.[٢]

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٠٦/٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣١١/٢.

لنا: أن حائط الدار منها، ولهذا يقف الرجل على حائطه ويقول: "ما خرجت من داري"، وإذا كان منها صار كسائر بقاعها. ولأن الحائط لو هدم فوقف على عرصته حنث. ومتى كان أرضه من الدار كان كذلك ما عليها من البناء، كالسقوف. **لزفر**: أن المقصود من دخول الدار لا يحصل بالوقوف على الحائط، فصار كالوقوف على عتبة الباب.

[الحلف على امرأته في الخروج]

[٤٠.] **مسألة** ذكر في **الأصل** فيمن حلف على امرأته لا تخرج إلا بإذنه وقال: "أردت به مرة واحدة": صُدِّق في القضاء. [٨ظ] وعن أبي يوسف أنه لا يُصدَّق، وهو الصحيح.[١]

وجه ما في الأصل: أنه يحتمل أن يريد به إذن مرة واحدة، ويحتمل أن يريد به إذنًا متكررًا، وإذا احتمل الأمرين صُدِّق في نية أحدهما. **لأبي يوسف**: أن الظاهر من اليمين إذن في كل مرة، بدلالة أنه يُحمَل على ذلك عند الإطلاق. ولأن الباء لإلحاق الصفة بالموصوف فإذا نوى مرة واحدة فقد نوى غير الظاهر فلا يُصدَّق في القضاء.

[٤١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف "لا تخرج امرأته إلا أن يأذن لها" فأَذِنَ لها ولم تسمع فخرجت يحنث. وقال أبو يوسف: لا يحنث.[٢]

لهما: أن الإذن طريقه الأقوال فيعتبر فيه السماع كالوكالة. ولأنه إذنٌ يتعلق به حكم فيقف على السماع كإذن صاحب الشريعة. ولأن الإذن مأخوذ من الإعلام وهذا المعنى لم يوجد. ولا يلزم إذا أذن لها وهي نائمة، لأن الكلام وصل إلى سمعها وهناك مانع من التمييز فتصير كالمستيقظ إذا كلَّمه وهناك ما يمنع الفهم.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣١٢/٢.

٢ انظر: **التجريد**، ٦٤٨٥/١٢.

لأبي يوسف: أنه علَّق اليمين بغاية توجد بفعل الحالف، كقوله: "إلا أن أدخل الدار". وهذا ليس بصحيح؛ لأن الإذن وإن كان فعله فإنه يتعلق بالغير كالأمر الذي يتعلق بالمأمور فيعتبر علمه به.

وقد قالوا فيمن قال لرجل: "اشتر من عبدي الثوب الذي في يده" فأتاه فاشتراه، ولم يعلمه بقول المولى: إنه لا يصير مأذونًا في إحدى الروايتين، وهي الصحيحة على هذا الأصل؛ لأن الإذن طريقه الأقوال فيقف على العلم. وقالوا فيمن أودع ثم أمر رجلًا أن يشتري الوديعة من المودَع ففعل ولم يعلمه: إن الشراء لا يصح؛ لأن الوكالة طريقها الأقوال فيقف على العلم. وقالوا فيمن أمر غلامه أن يستعير دابة إلى مكان كذا، فاستعارها إلى غيره، فركبها المولى إلى الموضع الثاني ولم يعلم، فتلفت لم يلزمه ضمان؛ لأن الضمان [٩و] لو ثبت لثبت لحق المالك وقد أسقط حقه بالإذن. ولأن الغلام قائم مقامه في العارية فسماعه لذلك كسماع الآمر.

[الحلف على دخول الدار]

[٤٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يدخل دار فلان" فاشترى فلان دارًا فدخلها: حنث. وقال أبو يوسف: لا يحنث حتى يدخل دارًا كانت في ملكه يوم اليمين.

لهما: أنه عقد يمينه على دار يضاف إلى فلان عند الدخول وقد وجد ذلك. ولأنه عقد يمينه على الملك فصار كقوله: "لا آكل طعام فلان" فيستوي فيه ما كان في ملكه وما استفاده. **لأبي يوسف**: أن الملك لا يستحدث في الدور كل وقت وإنما يستدام، فصار المعقود الدار التي يضاف إليه عند اليمين، وليس كذلك الطعام؛ لأن ملكه يستحدث في كل وقت، فاعتبرت الإضافة عند الفعل.

[الحلف على أكل الشحم]

[٤٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يأكل شحمًا" فأكل شحم الظهر لم يحنث. وقالا: يحنث.

لأبي حنيفة: أنه لا يسمى شحمًا على الإطلاق وإنما يقال: "لحم سمين" ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فصار كسائر أجزاء الشاة. **لهما** أن الله تعالى سماه شحمًا بقوله: ﴿إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام، ١٤٦/٦].

[٤٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يأكل إدامًا" فهو ما يصطبغ به من اللبن والخل والعسل، وما لا يصطبغ فليس بإدام كاللحم والجبن، وهو قول أبي يوسف في رواية الأصول.[١] وروي عنه في **الإملاء**: أن اللحم إدام. وروى ابن سماعة عنه: أن يمينه يحمل على ما يعرفه أهل كل بلد، وقال: ما مع الخبز غالبًا.

لأبي حنيفة: أن الإدام مأخوذ من الجمع بين الشيئين، ومنه قولهم: "أدم الله بينهما" أي جمع، وقد علم أنه لم يرد بذلك كل جمع؛ لاستحالة أن يقال في الجمع بين اللقمتين: إن أحدهما إدام الأخرى. وكذلك البقل أجمعوا أنه ليس بإدام وإن جُمع إلى الخبز غالبًا، فصار المراد به بعض ما يسمى جمعًا، فوجب اعتبار ما هو جمع على الحقيقة، وهذا لا يوجد إلا فيما قلناه، فأما اللحم فينفرد بالأكل، فليس بأن يوصف بالجمع بالخبز [٩ظ] بأولى من أن يوصف الخبز بالجمع إليه، فلأن ما ذكرناه يتناوله اليمين بالاتفاق فلم يحمل على غيره إلا بدليل.

لهما: قوله عليه السلام: «سيد إدام الدنيا والآخرة اللحم».[٢] ولأن في العادة يقال لمن أكله: "قد أكل خبزًا بإدام" فوجب حمل اليمين عليه.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣١٦/٢.

٢ **المعجم الأوسط** للطبراني، ٢٧١/٧ (٧٤٧٧)؛ **شعب الإيمان** للبيهقي، ٩٢/٥ (٥٩٠٤).

[٤٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف لا يأكل رأسًا فهو على رؤوس البقر والغنم. وقالا: على رؤوس الغنم.[١] وهذا ليس بخلاف في الحقيقة؛ لأن أبا حنيفة أجاب على عادة عصره، وقد كان الناس يكبسون في التنانير الإبل والبقر والغنم، ثم تطرف الناس في زمن أبي يوسف ومحمد وتركوا البقر، فحملا اليمين على الغنم.

[٤٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: الفاكهة من الشجر كله إلا النخل والرُّمَّان وما يكون من الكرم. وقالا: كل ذلك فاكهة. والبطيخ فاكهة عندهم جميعًا. وقال محمد: التوت فاكهة.[٢]

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن، ٦٨/٥٥]. فعطفهما على الفاكهة، والعطف غير المعطوف عليه. وقال: ﴿فَأَنۢبَتۡنَا فِيهَا حَبّٗا وَعِنَبٗا وَقَضۡبٗا﴾ [عبس، ٢٧/٨٠-٢٨] ثم عطف الفاكهة على العنب والنخل والعطف غير المعطوف عليه. ولا يجوز أن يكون أفردهما مع دخولهما في الجملة الأولى، كقوله تعالى: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ﴾ [البقرة، ٩٨/٢]، لأن هذا الإفراد للفضيلة، وليس لبعض المطعومات فضيلة على بعض. ولأن الرطب قوت بعض الناس، والأقوات لا تسمى فاكهة. ولأنه إذا جفَّ لم يتناوله الاسم، فلو كان فاكهة لم يتغير الاسم بحدوث الجفاف.

لهما: أن هذا مما يُتفكَّه به في الغالب فصار كغيره. ولأن بائعه يسمى فاكهاني، ويشترى على الوجه الذي يشترى الفاكهة.

[الحلف على ما لا يقدر عليه]

[٤٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف ليشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه لم ينعقد يمينه. وقال **أبو يوسف**: ينعقد ويحنث في الحال.[٣]

---

١ انظر: **الأصل**، ٣١٧/٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣١٨/٢.

٣ انظر: **الأصل**، ٣٣٧/٢.

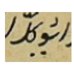
لهما: أن اليمين عقد فيقتضي معقودًا عليه، ولم يوجد ذلك فلم [١٠و] ينعقد العقد، كالبيع بالميتة والدم. ولا يلزم إذا حلف "ليصعدنَّ السماء" أو "ليقلبنَّ هذا الحجر ذهبًا"، لأن هذا أمر متوهَّم وجوده؛ ألا ترى أنه يدخل تحت مقدور البشر فانعقدت اليمين، إلا أن الله تعالى أجرى العادة بتعذره في هذا الوقت، فحنث لتعذر شرط البرّ، كمن حلف "ليأتينَّ البصرة" فمات قبل أن يأتيها. وفرق في العقود بين عدم المعقود عليه وبين توهم وجوده. **ولا يلزم على هذا** إذا قال: "لأقتلنَّ فلانًا" وهو ميت، **لأنه** إن كان لا يعلم بموته فهو مثل مسألتنا؛ لأنه عقد يمينه على الحياة التي عرفها وقد عدمت، فصار كقوله: "لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز" ولا ماء فيه. وأما إن كان عالمًا بموته فيمينه ينعقد على الحياة التي تخلق فيه في الثاني، وهو أمر متوهَّم وجوده فانعقدت عليه اليمين.

ولا يقال: هلا فرَّقتم بين العلم وعدمه في مسألتنا؛ **وذلك لأن** اليمين تناولت ماء موجودًا والماء الذي يخلق فيه لم يتناوله اليمين، **وليس كذلك** القتل لأنه نقض للبنية الذي يخرج عند الحياة، وهذا المعنى موجود وإن كانت حياته حادثة. ولأن هذه اليمين لم يرج فيها البر والحنث فلم ينعقد كيمين الغموس.

لأبي يوسف: أن عدم الماء يوجب تعذر شرط اليمين، وهذا يؤكد[١] الحنث فلم يمنع من وجوده، وهذا ليس بصحيح؛ لأن عدم شرط البر إنما يؤثر بعد انعقاد اليمين، ولم يوجد ذلك.

[٤٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: "لأشربنَّ الماءَ الذي في هذا الكوز

---

١ وصورته في المخطوط: 

اليوم" فانقلب قبل غروب الشمس لم يحنث. وقال أبو يوسف: يحنث عند غروب الشمس. هكذا قال في **الأصل**.[١] وروي عنه أنه يحنث في الحال. قال أبو الحسن: هذا هو القياس على قوله.

لهما: أن اليمين الموقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت؛ ألا ترى أن الإنسان يوقت اليمين توسعة على نفسه فلو انعقدت في الحال بطل فائدة التوقيت. ولأنه يحتمل أن يكون وقت ليتأخر الانعقاد ويحتمل أن يكون [١٠ظ] أراد العقد في الحال وجعل التوقيت لاختصاص اليمين بزمان دون زمان، فلم يجز إثبات الانعقاد في الحال بالشك. وإذا ثبت أن انعقاد اليمين يتعلق بآخر الوقت صار كأنه قال عند غروب الشمس: "لأشربن الماء الذي في هذا الكوز" ولا ماء فيه، فلا ينعقد على قولهما.

وأما أبو يوسف على رواية الأصل: فقال مثل قولهما في الانعقاد، فيصير عند غروب الشمس كأنه قال: "لأشربن الماء الذي في هذا الكوز" ولا ماء فيه فيحنث عند غروب الشمس. **والصحيح من قوله**: أن اليمين ينعقد في الحال، والتوقيت لتخصيصها بزمان دون زمان، فإذا انصبَّ الماء فعُدِم شرط البر في يمين منعقدة، فيحنث في الحال.

وعلى هذا الأصل قالوا فيمن قال: "لأقضينَّ دينك اليوم" فأبرأه منه قبل غروب الشمس أو مات أحدهما: لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن انعقاد اليمين يتعلق بآخر الوقت، فكأنه قال عند غروب الشمس: "لأقضينَّ دينك" ولا دين هناك فلا ينعقد يمينه، وعلى قول أبي يوسف قد عُدِم شرط البر في يمين منعقدة فصار كانقلاب الماء.

وعلى هذا الأصل قالوا فيمن قال: "إن خرجت إلا بإذنك فعبدي حر" فمات الآذن وخرج الحالف لم يحنث؛ لأن اليمين موقتة بالغاية، فكأنه قال: "إن خرجت

١ لم أقف عليه في **الأصل**، ونصه عند الطحاوي: «ومن حلف ليشربن الماء في هذا الكوز اليوم، فأُهراق قبل الليل: سقطت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يحنث». **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٦١/٧.

وهناك إذن متروك"، وهذا المعنى لم يُوجَد فلم ينعقد يمينه. وعلى قول أبي يوسف قد انعقدت يمينه في الحال فعُدِم شرط البر فيها بالموت، فيحنث.

وعلى هذا الأصل قالوا فيمن قال: "إن رأيت فلانًا فلم أعلمك به فعبدي حر" فرآه مع المحلوف عليه لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الإعلام متعذر عند انعقاد اليمين، فصار كعدم الماء. وعند أبي يوسف عَدَمُ شرط البر يوجب الحنث.

[الحلف على أكل الحنطة]

[٤٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة [١١و] [فأكله خبزًا أو استفه لم يحنث، وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث في الوجهين].[١]

[الحلف على التزويج]

[٥٠.] [**مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف لا يزوج ابنته الصغيرة فوكل أحدًا فزوجها فأجاز][٢] لم يحنث. وقال أبو يوسف: يحنث في الوجهين. وقال زفر: لا يحنث في الوجهين.

لهما: أن النكاح لا يتعلق حقوقه بالعاقد وإنما يتعلق بالآمر، والآمر هو الولي على الصغيرة، فإذا أمر بتزويجها صار هو العاقد في التقدير، فيحنث. وليس كذلك الكبيرة؛ لأن العقد عليها لا يتم إلا بإذنها، لأنها هي الولية على نفسها فلم يحنث وليُّها كما لو زوَّجتْ نفسَها. **وأبو يوسف**: بنى على أصله أن الأب يلي على الكبيرة كما يلي

١ في هذا الموضع سقط لوحة من المخطوط، والعبارة مقدرة بالمعنى من **الأصل**، و**شرح مختصر الطحاوي** و**التجريد**، وتفصيل أدلة المسألة هناك. انظر: **الأصل**، ٣١٩/٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٥٥/٧؛ **التجريد**، ٦٤٥٤/١٢.

٢ هذا تقدير بالمعنى للقدر الساقط من المسألة والله أعلم. والمسألة في **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٤و.

على الصغيرة فجريا مجرى واحدًا. **وأما زفر** فقال: الآمر بعقد النكاح لابنته لا يتعلق به حقوقه ولا فعل العقد بنفسه، فلم يتناوله الاسم فلم يحنث.

[الحلف على الكلام دهرًا]

[٥١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا "حلف لا يكلم فلانًا دهرًا" قال: «لا أدري ما الدهر» وقالا: ستة أشهر.[١]

لأبي حنيفة: أن المرجع في تقدير الدهر اللغة، ولم ينقل عن أهل اللغة تقدير لذلك فلم يجز إثباته. ولأن الله تعالى قال: ﴿هَلۡ أَتَىٰ عَلَى ٱلۡإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهۡرِ﴾ [الإنسان، ٧٦/١]. فجعل الحين بعض الدهر، وهذا يدل على اختلافهما.

لهما: أن الدهر والحين والزمان يعبَّر به في العادة عن معنى واحد، يقول القائل: "ما رأيتك من حين ومن زمان ودهر" فدلَّ على أن أحدهما في معنى الآخر، فإذا كان أحدهما عبارة عن ستة أشهر كذلك الآخر.

[الحلف على الركوب]

[٥٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا حلف "لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده" لم يحنث. وقال محمد: يحنث.

لهما: أن المعتبر هو الإضافة دون حقيقة الملك، بدلالة أن من حلف "لا يدخل دار فلان" فدخل دارًا يسكنها بأجرة يحنث. وإذا كان المقصود الإضافة ودابة عبده لا تضاف إليه على الإطلاق لم يحنث بركوبها. ولا يجوز اعتبار حقيقة الملك؛ لأن المقصود باليمين ترك إكرامه، وهذا المعنى يوجد فيما يخصه ويعتاد ركوبه، ودابة

١ وكذلك الكلام في الحين والزمان. انظر: **الأصل**، ٣٥٠/٢.

عبده لا يركبها ويستنكف منها فصار كدابة الأجنبي. **لمحمد**: أن دابة عبده ملك له في الحقيقة فحنث بركوبها كدابته. [١١ظ]

[الحلف على الكلام اليوم والغد]

[٥٣.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف "لا يكلم فلانًا اليوم ولا غدًا": لم تدخل الليلة في اليمين. وقال عنهما لو قال: "لا أكلمك اليوم وغدًا" دخلت الليلة التي بين اليومين. وروى بشر عن أبي يوسف فيما قال: "لا أكلمك اليوم وغدًا" لم يدخل الليل في اليمين. وأما إذا قال: "لا أكلمك اليوم ولا غدًا" [يدخل الليل].[1]

[وذلك] لأن[2] حرف "لا" متى دخل بين نفيين انتفى كل واحد منهما على حدة فكأنه حلف على كل واحد من اليومين على الانفراد. ولأنه أفرد كل واحد من اليومين عن الآخر، والليل يدخل على طريق التَّبَع متى ذكر الأيام على وجه الجمع، وليس كذلك "اليوم وغدًا"؛ لأنه ذكر اليومين على وجه الجمع فيدخل ما بينهما من الليل.

لأبي يوسف: أنه أفرد كل واحد من اليومين فلم يدخل ما بينهما من الليل كما لو أفرد كل يوم.

[الحلف على الكلام الأيام]

[٥٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يكلمه الأيام" فهو على عشرة أيام. وقالا: على أسبوع.[3]

لأبي حنيفة: أن الأيام فيما له عدد محصور أدناها ثلاثة وأكثرها عشرة، والألف

---

١ انظر: **الأجناس** للناطفي، ٣٦١.

٢ في المخطوط: فلأن، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ انظر: **الأصل**، ٣٥٠/٢.

والللام لجنس ما يعبر به الاسم عنه فوجب حمله على العشرة. **لهما**: أن الألف واللام للعهد، والمعهود أيام الأسبوع، وما بعدها تكرار لها.

وأما إذا قال: "لا أكلمه أيامًا" فذكر في **الأصل** عشرة أيام. وقال في **الجامع الكبير**: ثلاثة أيام. وهو الصحيح.

والوجه فيه: أن أدنى ما يعبر بالاسم عنه ثلاثة أيام، وما زاد عليها مشترك فيه ولا لفظ يقتضيه، فوجب أن يحمل اليمين على المتحقق. **وجه رواية الأصل**: أن اسم الأيام لما عبر به عن الثلاثة والعشرة ولفظ النفي يفيد الجنس كمن قال: "ما رأيت أحدًا" وإذا أفاد جنس ما يعبر بالاسم عنه.

ولو حلف "لا يكلمه السنين" فهو عند أبي حنيفة على عشرة سنين. وقالا: العمر كله. ولو حلف "لا يكلمه سنينًا" [١٢و] فهو على ثلاثة في قولهم. قال أبو حنيفة: لو حلف "لا يكلمه الدهور" فهو على عشرة. وإنما أجاب بذلك إذ كان من مذهبه أن الدهر يتعذر، وعلى قولهما يحمل على العمر كله.

[الحلف على الإيواء]

[٥٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف "لا يأوي إلى هذه الدار" فدخلها ساعة حنث. وقال أبو يوسف: لا يحنث حتى يقيم فيها أكثر اليوم أو أكثر الليلة.[١]

لهما: أن الإيواء عبارة عن الرجوع، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوۡ ءَاوِيٓ إِلَىٰ رُكۡنٖ شَدِيدٖ﴾ [هود، ٨٠/١١] وقوله: ﴿سَـَٔاوِيٓ إِلَىٰ جَبَلٖ يَعۡصِمُنِي مِنَ ٱلۡمَآءِۚ﴾ [هود، ٤٣/١١]. وهذا المعنى موجود بنفس الدخول. ولأن الإيواء عبارة عن اللبث؛ ألا ترى أنهم يقولون: "فلان لا يأوي داره" إذا لم يدخلها فكأنه قال: "لا أدخلها". **لأبي يوسف**: أن الإيواء عبارة عن اللبث الكثير، بدلالة أن من دخل دار غيره مسلِّمًا عليه لا يقال: "أَوَى

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٥٥/٢.

فيها" فصار كالبيتوتة، فكما يعتبر في البيتوتة أكثر الليل يجب أن يعتبر هاهنا أكثر الليل أو النهار. ولأنه لا اختصاص للفظ بالليل.

[الحلف على ألا يفارق الغريم]

[٥٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: فيمن حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، فأحاله المطلوب على رجلٍ وفارقه، برَّ في يمينه. وقال أبو يوسف: يحنث.[١]

لهما: أن ذمة المحال عليه تقوم مقام الذمة الأولى، وإذا ملك ما في ذمته بأن أحاله في ذمة الغير: برَّ، مثل أن يأخذ مكان دينه ثوبًا. **لأبي يوسف**: أنه لم يستوف منه وإنما استوفى من غيره فلا يوجد شرط البر.

[الحلف على الضرب]

[٥٧.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا حلف "ليضربنَّ عبده أو ليذبحنَّ شاته" فأمر غيره بذلك فقد برَّ.[٢] وقال في **الجامع الصغير**: لا يبرُّ.[٣]

والصحيح ما في الأصل: لأن الضرب لا يتعلق حقوقه بالفاعل فأضيف إلى الآمر كالطلاق والخلع. ولأنه يقال: "ضرب الأمير فلانًا" وإن لم يباشر ذلك وإنما أمر به. **وجه ما في الجامع**: أنه عقد يمينه على فعل نفسه، وفعل الغير لا يكون فعلًا له، ولا هو مما له حق متعلق به، فلم يتناوله اليمين. وليس كذلك العقود؛ لأن حقوقها يتعلق بالآمر إذا لم يتعلق بالفاعل، [١٢ظ] فلذلك جاز أن يضاف إليه.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٥٨/٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٤٢/٢.

٣ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٧٥.

[الحلف على لبس الحلي]

[٥٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يلبس حليًا" فلبس اللؤلؤ لم يحنث. وقالا: يحنث.[١]

لأبي حنيفة: أن إطلاق اسم "الحلي" يتناول الذهب والفضة، وما سواها لا يتناوله الاسم إلا بتقييد فلم يُحمَل عليه. ولأن الرجل يجوز أن يتخذ فصًّا من اللؤلؤ والياقوت، ولو كان حليًا لم يجز استعماله.

لهما: أن الله تعالى سماها حليًا بقوله: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [فاطر، ١٢/٣٥]. ولأنه يحنث بلبسه إذا انضم إليه الذهب، فدلَّ على أنه حلي. وهذا ليس بصحيح، **أما الأول**: فالأيمان لا يُحمَل على ألفاظ القرآن. **وأما الثاني**: فإنه إذا انضم إلى الذهب صار تَبَعًا فلا يدل على أن الحكم يتعلق به عند الانفراد.

[الحلف على الطلاق معلقًا]

[٥٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال لامرأته وهي أمة: "إذا مات مولاك فأنت طالق اثنين" فمات المولى والزوج وارثه: وقع عليها الطلاق. وقال محمد: لا يقع.[٢]

لأبي يوسف: أن "إذا" شرط فيقتضي وقوع الطلاق عَقيبه، ومتى مات مولاها فعقيب الموت ينتقل الملك إلى الوارث، ويستقر في الحالة الثانية، والطلاق يقع عقيب الموت فيصادف النكاح؛ ألا ترى أن بطلان النكاح يكون في الحالة الثانية بعد استقرار الملك.

لمحمد: أن عقيب الموت حالة لانتقال الملك إلى الوارث، فلا يكون النكاح فيها مستقرًا فلا يقع الطلاق، كمن قال لامرأته "أنت طالق مع تزويجي إياك" إن الطلاق لا

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٧٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٦٦/٢.

يقع وإن تزوجها؛ لأن حالة التزويج لم يستقر الملك فلا يقع الطلاق مع عدم استقراره. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الملك مستقر في مسألتنا، وعقيب الموت يفضي إلى الزوال، فما لم يزل فالملك بحاله، وفي مسألة الإلزام لم يستقر الملك فما لم يتم العقد لا يملك فلا يقع الطلاق.

[الحلف على الحرية]

[٦٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال لأمته: "إذا مات فلان فأنت حرة" فباعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها: "إذا مات مولاك فأنت طالق [١٣و] اثنين" ثم مات المولى وهو وارثه لم يقع العتق ووقع الطلاق. وقال محمد: لا يقعان. وقال زفر: يقع العتق دون الطلاق.

لأبي يوسف: أن عقيب الموت حال لانتقال الملك إلى الوارث، ثم يستقر في الحالة الثانية، فالشرط في الحرية وجود الموت فيقع العتق والملك لم يستقر فلا يتعلق به حكم. وأما الطلاق فشرطه الموت، والنكاح لم ينفسخ بالموت؛ لما بينا أنه ينفسخ في الحالة الثانية فيصادف الطلاق الملك فوقع.

لمحمد: أن عقيب الموت حال انتقال، فملك الوارث غير مستقر، والنكاح يفضي إلى الزوال فهو غير مستقر، وشرط الطلاق والعتق ملك مستقر؛ بدلالة أن من قال لعبده: "أنت حر مع ملكي إياك" أو "اشتريتك على أنك حر" لم يقع العتق كما لو قال لامرأة: "أنت طالق مع تزويجي إياك" أو "تزوجتك على أنك طالق" لم يقع الطلاق، فإذا كان كذلك لم يقع واحد منهما.

وأما زفر فقال: إن العتق لا يقع إلا في ملك، والموت سبب للملك فكأنه قال: "إذا مات مولاك وملكتك فأنت حر".

[الحلف على الأكل مطلقًا]

[٦١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: "والله لا آكل" ثم قال: "عنيت مأكولًا دون مأكول" لم يُصدَّق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله. وعن أبي يوسف أنه قال: يُصدَّق فيما بينه وبين الله.[١]

لهما: أنه ذكر الأكلَ والمأكولُ ليس في لفظه، فإذا ادعى تخصيص المأكول فقد ادعى تخصيص ما ليس في لفظه فلا يُصدَّق، كما لو ادعى تخصيص الأماكن والأزمان. **ولا يلزم عليه** إذا قال: "لا آكل أكلًا" لأنه ذكر المصدر، والمصدر يقوم مقام المفعول تارة ومقام الفاعل أخرى، يقولون: "إنما هي إقبال وإدبار" بمعنى مقبلة ومدبرة، ويقولون: "أنت رجاؤنا" بمعنى مرجوّنا، وإذا قام مقام المفعول جاز دخول التخصيص عليه. **ولا يقال**: إنه لو استثنى مأكولًا دون مأكول جاز فكذلك إذا خصص؛ لأن الاستثناء يصح فيما يدخل من طريق المعنى وإن لم يتناوله اللفظ فكذلك يصح من غير جنس، والتخصيص لا يجوز أن يدخل فيما تضمنه الكلام [١٣ظ] من طريق المعنى.

لأبي يوسف: أن الأكل لا يكون إلا في مأكول، فذكر أحدهما كذكر الآخر، فجاز دخول التخصيص فيه. وهذا يبطل بالمكان والزمان؛ لأن الفعل لا يستغني عنهما وإن لم يجز دخول التخصيص فيهما.

وقد روي عن أبي يوسف فيمن قال لرجل قائم: "والله لا أكلم هذا" ثم قال: "عنيت مادام قائمًا" لم يصدق. ولو قال: "لا أكلم هذا القائم" ثم قال: "عنيت مادام قائمًا" صُدِّق.

وذكر في **الجامع الكبير** فيمن قال: "لا أخرج" ثم قال: "عنيت إلى بلد كذا دون

---

١ انظر: **الأصل**، ٢/٣١٦.

كذا" لم يصدق؛ لأن الخروج في لفظه والموضع المقصود ليس في لفظه فلم يجز تخصيصه. ولو قال: "عنيت به الخروج إلى السفر" صُدِّق؛ لأن السفر خروج بصفة فقد نوى تخصيص الخروج، وهو في لفظه فصدق.

ووِزَان هذه المسألة من مسألتنا: أن ينوي تخصيص أكل دون أكل ولبس دون لبس مثل أن يقول: "نويت اللبس المعتاد دون غيره" فيصدق؛ لأنه نوى تخصيص الفعل، والفعل في لفظه، ومتى نوى تخصيص المأكول الذي ليس في اللفظ صار كتخصيص الجهات المقصودة فلا يصدق.

[الحلف على البيع]

[٦٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يبيع" فباع بشرط الخيار لنفسه أو للمشتري لم يحنث. وقال محمد: يحنث.

لأبي يوسف: أن الخيار يمنع تمام الصفقة مع وجود القبض فصار كالإيجاب بلا قبول، وليس كذلك البيع الفاسد؛ لأن الملك يقع فيه بالقبض، وإنما يثبت في حق الفسخ فيه حكمًا لا لمعنى يعود إلى فعلهما فصار كالمبيع الذي فيه عيب.

لمحمد: أن خيار المشتري لا يمنع من وقوع الملك له، فثبوت الفسخ لا يمنع الحنث كالمقبوض ببيع فاسد. **وهذا أولى**؛ لأن الفسخ يثبت لحق آدمي فيجوز الرضا بإسقاطه، والفسخ في البيع الفاسد يثبت لحق الله تعالى ولا يجوز الرضا بإسقاطه.

[الحلف على ألا يكلم فلانًا حتى يكلمه]

[٦٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يكلم فلانًا حتى يكلمه" فكلم كل واحد منهما صاحبه معا: لم يحنث. وقال محمد: يحنث.

لأبي يوسف: أن المقصود [١٤و] باليمين أن لا يبتديه بالكلام، وهذا المعنى لا

يوجد إذا تكلما معًا. **لمحمد**: أن "حتى" غاية فتقتضي الامتناع من الكلام حتى يوجد الغاية، وهذا لا يوجد أن يتقدم كلام المحلوف عليه.

[الحلف على أكل معين فاختلط بغيره]

[٦٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يأكل هذا اللبن" فاختلط بماء، فإن كان يستبين فيه ويوجد طعمه حنث، وإلا لم يحنث. وقال محمد فيمن حلف "لا يأكل سمنًا" فأكل سويقًا ملتوتًا بسمن: إنه لا يحنث إلا أن يكون أجزاء السمن ظاهرة بحيث لو عصر انعصر. وهذا يقتضي اعتبار غلبة الأجزاء.[١]

لأبي يوسف: أن المقصود بالأكل حصول الطعم بدلالة ما قبل الاختلاط، وإذا كان الطعم ظاهرًا فقد وجد هذا المعنى فيحنث، ولا يجوز أن يعتبر ظهور الرائحة من غير طعم؛ لأن الرائحة ليست مقصودة من المأكولات.

لمحمد: أن المحلوف عليه متى كان غالبًا تعلق الحكم به وسقط التبع، ومتى كان مغلوبًا تعلق الحكم بالغالب وسقط حكمه. وليس كذلك إذا اختلط بجنسه فصار مغلوبًا؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه.

[الحلف على اللبس والكلام]

[٦٥.] **مسألة** قال محمد في **الأصل** و**الزيادات** فيمن قال: "لا أكلم عبد فلان ولا ألبس ثوبه": إن ذلك على ما يضاف إليه حال الفعل. وعن أبي يوسف: أنه يحمل على ما في ملكه وقت اليمين دون ما حدث.[٢]

وجه قول محمد، وهو ظاهر قول أبي حنيفة: أنه عقد على ما يضاف إلى فلان،

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٢١/٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٠٩/٢، ٣٣٣؛ **منتخب الزيادات**، ٦ظ، ٧و.

فالملك والإضافة موجودة فيما يستحدث فيه الكلام فيحنث كالطعام.

لأبي يوسف: أن العبد والثوب يستدام الملك فيهما ولا يتجدد في كل وقت، فصار المقصود ما هو موجود حال اليمين، وما يحدث لا يقصد فلا يتعلق به اليمين، وليس كذلك الطعام؛ لأن الملك لا يستدام فيه وإنما يتجدد وقتا بعد وقت فتناولت يمينه الجميع.

[الحلف على الشرب من الفرات]

[٦٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حلف "لا يشرب من الفرات" فشرب من نهر يأخذ من الفرات: حنث. وروي عن أبي يوسف: أنه لا يحنث.[١]

لهما: أنه عقد يمينه على الماء دون النهر فإذا حصل في نهر آخر فكأنه حصل [١٤ظ] في إناء. **لأبي يوسف**: أنه يضاف إلى النهر الثاني دون الأول وهذه الإضافة لم يحلف عليها. **قلنا**: يبطل إذا أخذ في إناء فإنه يضاف إليه ويحنث. وقد قال أبو حنيفة فيمن حلف "لا يشرب من هذا الجُبِّ": فيمينه على أن لا يكرع[٢] منه كرعًا. وقال أبو يوسف ومحمد: على الكرع والاغتراف.

وهذا فرع على اليمين إذا تناولت الحقيقةَ والمجازَ وكل واحد منهما متعارَف فإن اليمين يحمل عنده على الحقيقة المتعارفة، وعندهما على كل واحد منهما وقد بينَّا ذلك.

[الحلف على الكسوة]

[٦٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يلبس من غزل فلانة" فلبس ثوبًا فيه

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٨٩/٧.

٢ وهو تناول الماء بفيه كما تفعل البهائم. انظر: **لسان العرب**، «كرع».

رقعة من غزلها شبر في شبر أو أكثر: حنث. وقال محمد: لا يحنث في التكة[١] والأزرار واللبنة.[٢]

لأبي يوسف: أن هذا قد باشر بدنه باللبس كالكثير. ولأن اليسير لا يعتد به كالزر، والكثير يعتد به، فجعلوا الفاصل بينهما الكثير الفاحش، وذلك عنده شبر في شبر. **لمحمد**: أن هذا القدر لا يقصد في اللبس، فلا يعتد به في اليمين كما دون الشبر.

[الحلف على أن لا يكلمه يومًا ولا يومين]

[٦٨.] **مسألة** روى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف "لا يكلمه يومًا ولا يومين": أنه على ثلاثة أيام. وقال محمد: يكون على يومين.[٣]

لأبي يوسف: أن حرف النفي إذا دخل بين شيئين بقي كل واحد منهما على الانفراد، فاقتضى ذلك كون اليوم غير اليومين. ولأنه لو أراد اليوم الأول لعرَّف، فلما نكّر اليومين دلَّ على أنه أراد غير اليوم الأول. **لمحمد**: أن اليمين يكون ابتداؤها عقيب السبب، فكما حملت اليمين الأولى على ذلك كذلك الثانية. وليس كذلك إذا قال: "يوم ولا يومين"؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: "ثلاثة أيام". ولأن العطف غير المعطوف عليه.

[الحلف على شراء الذهب والفضة]

[٦٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يشتري ذهبًا ولا فضة" فاشترى دراهم ودنانير حنث. وقال محمد: لا يحنث حتى يشتري التبر.[٤]

---

١ وهي رباط السراويل. انظر: **لسان العرب**، «تكك».

٢ انظر: **الأصل**، ٣٣١/٢. | وهو الدخريص، ما يوصل به البدن ليوسعه. انظر: **لسان العرب**، «دخرص».

٣ انظر: **نوادر معلَّى بن منصور**، ٥٥ظ.

٤ انظر: **عيون المسائل**، ٤١٦.

لأبي يوسف: أن إطلاق اسم الفضة يتناول الدراهم بدلالة قوله عليه السلام: [١٥و] «الفضة بالفضة مثلًا بمثل».[1] ولأن الأحكام المختصة بها لا تزول بضربها؛ بدلالة تحريم التفاضل والنَّسَاء واعتبار التقابض، فصار حالها قبل الضرب كحالها بعده.

لمحمد: أن إطلاق الفضة يتناول ما لم يضرب، ولهذا لا يقال لبائع الدنانير: "ذَهَبِي"، وإنما يقال ذلك لبائع التبر، ومن حكم الاسم أن يحمل على إطلاقه.

[الحلف على المساكنة]

[٧٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يساكنه" فسكنا في حجرتين من دار واحدة حنث؛ إلا أن تكون دارًا كبيرة، مثل دار الرقيق[2] ودار الوليد بالكوفة. وقال هشام عن محمد: لا يحنث إلا أن يسكنا في حجرة واحدة.[3]

لأبي يوسف: أن الحجر من دار واحدة يجري مجرى بيوت الدار فالساكن في بعضها مُساكن لمن في بقيتها. **لمحمد**: أن كل واحد إذا انفرد بحجرة لم يقف الآخر على أمره، واستتر في تصرفه فصار كالدارين.

[الحلف على النوم]

[٧١.] **مسألة** قال في **الجامع الكبير**: إذا حلف "لا ينام على فراش بعينه" فبسط فوقه فراشًا آخر فنام عليها لم يحنث. وعن أبي يوسف: أنه يحنث.[4]

---

١ **مسند أبي حنيفة** للحصكفي، ٦؛ **موطأ محمد**، ٢٧١ (٧٧٠)؛ **صحيح البخاري**، ٩٧/٣ (٢١٦٧)؛ **صحيح مسلم**، ١٢١٢/٣ (١٥٨٨).

٢ محلّة كانت ببغداد متصلة بالحريم الطاهري من الجانب الغربي، ينسب إليها الرقيقيّ ويقال لها: شارع دار الرقيق أيضًا. **معجم البلدان**، ٤٢٠/٢.

٣ انظر: **الأصل**، ٣٠٣/٢، ٣٠٤؛ **نوادر المعلى**، ١٢٦.

٤ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٩٠/٧؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٩و.

وجه ما في الأصل: أن الفراش الأعلى يقصد بالنوم وينفرد بنفسه، فصار هو المقصود دون الأول فلم يحنث، كمن حلف لا يقعد على سرير، فجعل فوقه سريرًا آخر فقعد عليه. وليس كذلك إذا بسط فوق الفراش إزارًا أو قِرَامًا؛[١] لأنه لا يقصد بالنوم فصار المقصود هو الفراش فحنث.

لأبي يوسف: أن كل واحد من الفراشين مقصود؛ لأنهم يجعلون أحدهما فوق الآخر لزيادة الوطء، فصار الأول مقصودًا كالثاني فيحنث.

[الحلف على الصلح والخصام]

[٧٢.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن حلف "لا يصالح أو لا يخاصم" فوكل بذلك من فعله حنث. وروى بشر عنه: أنه لا يحنث.[٢]

وجه الرواية الأولى: وهو ظاهر قولهم: إن الصلح لا يتعلق حقوقه بالعاقد، كالنكاح. **وجه رواية بشر**: أن الصلح عقد معاملة كالبيع، وأما الخصومة فتتعلق بالوكيل بدلالة جواز إقراره.

[الحلف على الموقوف]

[٧٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا [١٥ظ] حلف "لا يبيع بالكوفة أو لا يشتري" فعقد عقدًا موقوفًا في غيرها وأجيز بها، فالمعتبر حال الإجازة. وقال [رضي الله] عنه: فيمن حلف "لا يقتل فلانًا بالكوفة" فضربه ببغداد، ومات بالكوفة حنث. ولو حلف لا يتزوج بالكوفة فزوجه المولى امرأة كبيرة ببغداد فبلغها بالكوفة فأجازت: حنث.

---

١ ستر رقيق، يتخذ سترًا. **تهذيب اللغة** للأزهري، «قرم».

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٧/٤٩٠.

وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد: إنه بائع يوم عقد، وفي القتل يوم مات.[١]

لأبي يوسف: أن مقاصد العقد تحصل عند الإجازة، ولو كان المعقود عليه غيرها بحيث لا يجوز أن يبتدأ لم تصح الإجازة، فصارت هي المثبتة لحكم العقد فيتعلق الحكم بها. **ولا يقال**: إن الشهادة في النكاح تعتبر عند العقد؛ **لأن** ذلك شرط في الانعقاد لحق الله، ومقاصد الحالف من العقد تحصل بالإجازة.

لمحمد: أن الملك يتعلق عند الإجازة بالعقد، وإن كان تمامه بالإجازة، فهي كإسقاط الخيار في البيع المشروط فيه الخيار. ولا خلاف أن في الخيار يعتبر يوم العقد وإن لم يقع به ملك، وكذلك البيع الفاسد الملك يقع عند القبض بحكم التسليط الذي تضمنه العقد. وفرَّق محمد بين البيع والقتل؛ لأن الموت إذا حصل قيل: "قُتِل فلان اليوم"، ولا يضاف القتل إلى يوم الجرح، وفي البيع يضاف البيع إلى يوم العقد.

[الحلف على الهدم]

[٧٤.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن حلف "ليهدمنَّ هذه الدار" قال: إن هدم سقوفها برَّ. وقال محمد: إذا حلف "ليهدمنَّ هذا الحائط اليوم "وهدم بعضه ومضى اليوم حنث.[٢]

لأبي يوسف: أن السقوف إذا هدمت قيل: "دار مهدومة" فوجب أن يبر في يمينه. ولأن القصد من هدمها أن يجعلها على صفة لا تُسكَن، وهذا المعنى يوجد في هدم سقوفها. **لمحمد**: أنه متى بقي من الحائط ما يسمى حائطًا فلم يفعل المحلوفَ عليه، ومتى كان الباقي منه لا يسمى حائطًا فقد أبطل المقصود منه فيبرّ.

---

١ انظر: **التجريد**، ٦٤٩٦/١٢.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي** للقدوري، ٢٢٠و.

[الحلف على المعرفة]

[٧٥.] **مسألة قال في الأصل**: إذا كان يعرف [١٦و] رجلًا بوجهه ولم يعرف اسمه فحلف "أنه لا يعرفه" لم يحنث. وروى خلف بن أيوب[١] عن محمد فيمن تزوج امرأة ودخل بها وهو لا يعرفها باسمها فحلف "أنه لا يعرفها": كان بارًّا. قال محمد: ولو كان هذا في صبي من الجيران يعرفه بوجهه حنث.[٢]

وهذا ليس بخلاف؛ لأن المعرفة تتناول العين والاسم، فإذا لم يعرف الاسم لم تكمل المعرفة، وهو صادق أنه لا يعرفه. وأما الصبيان فهكذا يكون معرفتهم بالعادة، ولا يعلمون التعظيم الذي يعرف به الأسماء، فالمقصود منهم الأعيان.

[الرجل يحلف على الشيء فيكون بعضه على ما حلف]

[٧٦.] **مسألة** روى بشر وعلي[٣] عن أبي يوسف فيمن قال: "إن كانت هذه الجملة إلا حنطة فامرأته طالق" فكانت حنطة وتمرًا حنث. قال محمد بن أبي رجاء[٤] عن محمد: لا يحنث.[٥]

لأبي يوسف: أنه أوقع الطلاق، وشرط في امتناعه وجود الجملة بصفة، ولم توجد فيقع الطلاق. **لمحمد**: أن الجملة وإن لم يكن حنطة فإنها لا توصف أنها غير الحنطة، فلم يحنث في يمينه.

---

١ خلف بن أيوب البلخي، (ت. ٢٠٥هـ). من أصحاب محمد بن الحسن وزفر. **الجواهر المضية**، ٢٣٢/١.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٦١/٢؛ **شرح مختصر الكرخي** للقدوري، ٢٢٠ظ.

٣ أبو الحسن، علي بن الجعد الجوهري، (ت.٢٣٣هـ). من أصحاب أبي يوسف. **الجواهر المضية**، ٣٥٥/١.

٤ محمد بن أبي رجاء الخراساني، (ت. ٢٠٧هـ)، وهو من متقدمي أصحاب أبي يوسف، وروى عن محمد. **الجواهر المضية**، ٥٤/٢.

٥ انظر: شرح **مختصر الكرخي**، ٢٢١و.

[الحلف بتالله]

[٧٧.] **مسألة** قال في **الأصل** فيمن قال: "تالله لا أفعله كذا": إنه يمين. وذكر الكيساني[١] عن محمد أنه يكون يمينًا بالنية.[٢]

والصحيح ما في الأصل: لأن هذا لفظ قسم كالباء وهو أخص؛ لأن التاء لا تستعمل إلا في اليمين بالله، والباء يستعمل في غير الله فيقول: "بأبي وبأبيك" فما هو أخص باليمين أولى أن لا يعتبر فيه النية. **ومحمد**: اعتبر العادة، وأن الناس لا يعتادون الحلف بهذا اللفظ فاعتبر فيه القصد.

[تعليق اليمين بالشرط]

[عطف الشروط بعضها على بعض]

[٧٨.] **مسألة** قال محمد: إذا قال لامرأته: "إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق" لم تطلق حتى تدخلهما.[٣] ولو قال: "أنت طالق إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وإن دخلت هذه الدار" فأيّ الدارين دخلت طلقت. وهذا إحدى الروايتين عن أبي يوسف.[٤] وروى ابن سماعة عنه أنه سوَّى بين الجميع. وقال: تطلق بدخول إحداهما.[٥]

لمحمد: أنه لما عطف شرطًا على شرط وعلق بهما طلقة واحدة تعلَّقت بهما؛ لأن الكلام [١٦ظ] لم يتم إلا بذكر الجزاء، فصار كلامًا واحدًا. وأما إذا قال: "أنت

١ سليمان بن شعيب بن سليمان الكيساني (ت.٢٧٨هـ). من أصحاب محمد، وروى عنه الطحاوي. وله **النوادر**. **الجواهر المضية**، ٢٥٢/١.

٢ **الأصل**، ٢٧٦/٢.

٣ **الأصل**، ٣٠٢/٢.

٤ انظر: **نوادر المعلى**، ٦٢ظ.

٥ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٢و.

طالق إن دخلت هذه الدار" فقد تمت اليمين بالشرط والجزاء. فقوله: "وإن دخلت هذه" يفتقر إلى إضمار، والمضمر فيه الجزاء المتقدم، فكأنه قال: "وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق".

لأبي يوسف: أنه أدخل على واحد من الدخولين "إن" التي هي الشرط فالظاهر أنها شرط على حياله كما لو قال: "أنت طالق إن دخلت هذه الدار أو كلمت عمرًا". وتقديم الجزاء وتأخيره سواء.

[ما يخرجه الحالف مخرج الشرط]

[٧٩.] **مسألة** روى محمد عن أبي يوسف فيمن قال: "إن شاء الله أنت طالق" أو "فأنت طالق" أو "وأنت طالق" كان استثناء، وإن قدم الطلاق فقال: "أنت طالق وإن شاء الله" أو "فإن شاء الله" فليس باستثناء. وروى ابن سماعة عن محمد أن قوله: "إن شاء الله أنت طالق" أنه كلام منقطع وليس باستثناء، ولا يصدق في القضاء.[١]

لأبي يوسف: أن قوله: "إن شاء الله" شرطٌ، فتقديمه وتأخيره سواء. **لمحمد**: أن الطلاق لا يتعلق بالمشيئة إلا بلفظ يقتضي ذلك، وإذا لم يوجد حرف يعلِّقه به صار الطلاق موقَعًا غير متعلق بشيء فيقع.

[الحلف على الطلاق معلقًا]

[٨٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال لامرأته قبل الدخول: "إن كلمتك فأنت طالق" وكرر ذلك: حنث في اليمين الأولى بالثانية وينعقد، ولا ينعقد الثالثة. وقال زفر: لا ينعقد الثانية.

لنا: أن قوله: "إن كلمتك" يقتضي كلامًا مقصودًا، فإذا تكلم باليمين الثانية وقت الحنث على تمامها فحنث بوجود آخرها فانعقدت ووقع الطلاق، فلما تكلم بالثالثة لم

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٢٢/٧.

يقع الطلاق لزوال الملك، ولم ينعقد الثالثة كذلك. **لزفر**: أن ابتداء اليمين الثانية كلام، فحنث به الأولى ولم تنعقد الثانية؛ لأن تمامها يوجد بعد زوال الملك.

[تعليق اليمين على الشرط السابق]

[٨١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال لامرأته: "إذا تزوجتك فأنت طالق قبل ذلك بشهر" ثم تزوجها بعد شهر وقع الطلاق عليها. وقال محمد: لا يقع.

لأبي يوسف: [١٧و] أن "إذا" عبارة عن الوقت، ووقت التزويج مذكور والطلاق يضاف إليه، فصار كمن قال بعد التزويج: "أنت طالق الساعة قبل ذلك بشهر". ولأنه ذكر وقتين فوقع الطلاق بأولهما في اللفظ، كقوله: "أنت طالق اليوم غدًا". وليس هذا كمن قال بعد التزويج: "أنت طالق منذ شهر"؛ لأن هناك لم يذكر وقت التزويج ولا أضاف الطلاق إليه، وفي مسألتنا قد ذكر وقت التزويج وعلق الطلاق به، فيلغو الوقت الآخر.

لمحمد: أنه جعل التزويج شرطًا لانعقاد اليمين، فكأنه قال بعد التزويج: "أنت طالق منذ شهر".

[عتق ما يدخل في ملكه مستقبلًا]

[٨٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "كل جارية أملكها غدًا حرة" فيمينه على ما يستحدث في الغد إلا أن ينوي غير ذلك. وقال محمد: يمينه على ما يجتمع في ملكه غدًا مما استفاده قبل اليمين وبعدها.

لأبي يوسف: أن "أملك" يحتمل الحال والاستقبال، فإذا أضافه إلى زمان مستقبل خَلُص للاستقبال، كما لو أدخل عليه "السين" و"سوف". وليس كذلك إذا قال: "كل مملوك لي إذا جاء غدًا حر"؛ لأن مجيء الغد شرط، فإذا علق العتق به دل على أنه علق عتق من يملك عتقه في الحال فتناول من في ملكه دون من يستفيده. **ولا يلزم** إذا

قال: "كل مملوك أملكه اليوم حر" أنه يحمل على ما في ملكه وما يستفيده في اليوم؛ **لأن** اليوم زمان حاضر قد تناولته اليمين فكأنه قال: "ما اجتمع في ملكي اليوم". وقد قال في **الجامع الصغير**: إذا قال: "كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة حر" إن ذلك على ما يستفيده؛ لأنه أضاف الحرية إلى زمان مستقبل.[١]

لمحمد: أن قوله: "كل مملوك أملكه غدًا" يتناول من يضاف إليه بالملك في الغد فيعتق جميعهم، كقوله: "اليوم". وليس كذلك قوله: "إلى ثلاثين سنة"؛ لأنَّا لو حملنا اليمين على ما يملك في الحال كان عتقًا مؤجَّلًا، وإذا حملناه على الاستقبال كان عتقًا موقوفًا، فلم يمكن حمل اللفظ على معنيين مختلفين، فلذلك اختص بالاستقبال. [١٧ظ]

[تعليق اليمين بما يقع بالأمرين]

[٨٣.] **مسألة** ذكر في **الجامع الكبير** أن من قال لامرأتين له: "إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان" فدخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين طلقتا. وقال أبو يوسف في **الإملاء**: لا تطلقا حتى تدخل كل واحدة الدارين معًا.[٢]

وجه ما في الجامع: أن الاسم يتناولهما فيقال: "دخلتا الدارين"، فصار كقولنا: "ركبتما هاتين الدابتين". **لأبي يوسف**: أنه لو قال: "إن دخلتما هذه الدار" اقتضى دخولهما، كذلك إذا أضاف إليهما دار أخرى؛ لأن شرط الطلاق في الحالين فعلهما، وليس كذلك قوله: "إن أكلتما هذا الرغيف"؛ لأنه يستحيل أن ينفرد كل واحدة بأكله فلم يبق إلا حمل اليمين على الاشتراك فيه.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٨٤.

٢ **الجامع الكبير**، ٣٧. انظر: **نوادر المعلى**، ٥٨و.

[عطف أيمان معلقة، والاستثناء منها]

[٨٤.] **مسألة** قال محمد: إذا قال: "أنت طالق إن دخلت هذه الدار وعبدي حر إن كلمت فلانًا إن شاء الله" كان استثناؤه على اليمين. وقال أبو يوسف: على الجملة الثانية.[١]

وكان أبو الحسن يقول: من أصل محمد أن الاستثناء "بإن شاء الله" لدفع الكلام؛ ألا ترى أنهم لا يقصدون به الشرط، وهو مما لا يتوصل إلى معرفته، فإذا كان لإبطال الكلام رجع إلى جميعه؛ لأن بعضه معطوف على الآخر. يبين ذلك: أنه لو دخل على إيقاعين أبطلهما؛ لأن أحدهما معطوف على الآخر، وهذا موجود في الجملتين.

لأبي يوسف: أنه ذكر جملتين كل واحد منهما ينفرد بنفسها؛ لأنه كلام تام، فلم يتعلق الثانية بالأولى واختص الاستثناء بها. ولأن لفظه لفظ الشرط فيختص بالجملة الثانية كسائر الشروط. وليس كذلك الإيقاعين؛ لأنه لو ألحق بهما شرطًا تعلق بهما كذلك المشيئة أيضًا.

[الحلف في التقاضي]

[٨٥.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا حلف "لا يأخذ ما له على فلان درهمًا دون درهم" فوزنه في دفعتين فقبضه لم يحنث. وقال زفر: يحنث. وهو القياس.[٢]

ووجهه: أنه حلف على نفي التفريق وقد فرق. **وجه الاستحسان**: أن المقصود بهذه اليمين أن يستوفي الدين في المجلس، [١٨و] وهذا المعنى موجود. ولأن المال قد يكثر فلا يمكن وزنه دفعة واحدة، فيوزن في دفعتين ولا يعتد بالتفريق. وهذا فرع على أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يدخل في اليمين.

---

١ انظر: **التجريد**، ١٢/٦٤٩٤.

٢ انظر: **الأصل**، ٩/٤٧٩، ٤٨١.

[الحلف التي يكون فيها الوقت بعد الوقت]

[٨٦.] **مسألة** ذكر في **الجامع الكبير** فيمن قال: "إن أكلت إن شربت فعبدي حر" أن اليمين على الشرب قبل الأكل.[١] وروى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: "إن أكلت إن دخلت الدار" فهذا على أكل بعد دخولها. ولو قال: "إن لبست طيلسانًا إن أتيتني" فهذا على لبس قبل أن يأتيه فاعتبر المعتاد في ترتيب الشرطين، فعلى هذا إن قال: "إن أكلت إن شربت" اعتبر تقدم الأكل.

وجه ما ذكره في الجامع: أن الشرط المعترض قبل استكمال الجواب مقدم في المعنى وإن تأخر في اللفظ، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَنفَعُكُمْ نُصْحِىٓ إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ ٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود، ٣٤/١١]، وإذا كان هذا مقتضى اللغة وجب اعتبار تقدم الشرط المعترض. **لأبي يوسف**: أن الأكل في العادة يتقدم على الشرب، فاعتبرت العادة في ذلك، وكذلك الأكل يكون بعد دخول الدار، واللبس يكون قبل اللقاء، فوجب أن يترتب على ذلك.

[الحلف على الطلاق بكلما]

[٨٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لامرأته: "كلما ولدت ولدًا فأنت طالق للسنة" فولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد، طلقت ثلاثًا في ثلاثة أطهار مستقبلات بعد النفاس. وقال محمد: تطلق بولادة الأول، وينعقد عليها يمين بولادة الثاني، وتنقضي عدتها بولادة الثالث، ولا ينعقد به يمين.[٢]

وهذا فرع على أصلين: أحدهما: أن النفاس من الولد الأول عند أبي حنيفة وأبي

---

١ انظر: **الجامع الكبير**، ٤٤.

٢ انظر: **الأصل**، ٤١٨/٤.

يوسف. وقال محمد: من الآخر. **والثاني**: أن الحامل يقع عليها ثلاث تطليقات للسنة. وقال محمد: لا يقع عليها للسنة إلا واحدة. إذا ثبت هذا:

قالا: لما ولدت الأول صارت نفساء، ومن قال للنفساء: "أنت طالق للسنة" وقف الطلاق على حال الطهر، وكذلك لما ولدت الثاني والثالث. **وعلى أصل محمد**: لما ولدت الأول وهي طاهر من غير [١٨ظ] جماع، وقد قال لها: "أنت طالق للسنة" تقع عليها واحدة في الحال، فلما ولدت الثاني لم تقع به أخرى؛ لأنها طلقت بالأول، والحامل لا تطلق للسنة إلا واحدة، إلا أن اليمين تنعقد ويقف الطلاق على وقت الطهر، فلما ولدت الثالث وهي معتدة انقضت به عدتها، والولد الذي تنقضي به العدة لا يقع به الطلاق ولا يقع به يمين.

[تعليق الطلاق بما لا يتجزأ]

[٨٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال لامرأته: "إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق" لم يقع عليها الطلاق حتى تطهر من حيضها. وقال زفر: إذا حاضت خمسة أيام طلقت.

لنا: أن الحيضة لا تتبعض، وما لا يتبعض فذكر بعضه كذكر جميعه، فكأنه قال: "إذا حضت حيضة". وكان علي الرازي يقول: يحتمل نصف حيضة بالطول ويحتمل بالعرض فلم يجز إثبات الطلاق بالشك. **لزفر**: أنَّ بمضي خمسة أيام قد تيقنًا مضي نصف الحيضة؛ لأن الحيض لا يزيد على العشرة، فوجب أن يقع الطلاق لوجود شرطه.

[ما يدخل في اليمين]

[الحلف على ما لا يملك في الحال]

[٨٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لأبيعنَّ هذه الحرة" أو "أمَّ ولده" فباعها في الحال برَّ في يمينه. وقال أبو يوسف: يمينه على الصحة، وهو أن يبيعها بعد أن ترتد وتلحق وتسترق.

لأبي حنيفة: أن البيع في الحال لا يكون إلا فاسدًا، والاسم يتناوله فوجب حمل الاسم عليه دون ما يُترقب في الثاني مما لا يملكه في الحال؛ ألا ترى أنه لو قال لأجنبية: "إن راجعتُكِ" حُمل على التزويج ولم يحمل على الرجعة التي توجد في الثاني وإن كانت حقيقة؛ لأنه لا يملكها في الحال، وهذا عنده كالمكاتب إذا قال: "كل عبد لي حر" أنه يحمل على ملكه في الحال وإن كان مجازًا.

لأبي يوسف: أن بيع الحرة وأم الولد ليس ببيع بدلالة أن الملك لا يقع به وإن قبض، ويمكن بيعهما في الثاني حقيقةً، فحُملت اليمين على ذلك، كمن قال وهو مكاتَب: "كل عبد أملكه حر" حُملت يمينه على ما يملكه بعد العتق.

[الحلف على دخول "أحدٍ"]

[٩٠.] **مسألة** قال في **الجامع**: إذا قال الرجل: "إن دخل هذه الدار أحدٌ فعبدي حر" فدخلها الحالف حنث. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يحنث، [١٩و] واليمين على غيره.[١]

وجه ما في **الجامع** أن قوله: "أحدٌ" يقتضي تنكير الداخل فلو حملناه على غيره لتعرَّف من غيره دلالةً، فهذا لا يصح. ولأنه ممن يتناوله اسم الآحاد فيدخل في عموم الكلام، وليس كذلك إذا قال: "إن دخل داري أحدٌ"؛ لأنه صار معروفًا بإضافة الدار إليه فلا يدخل تحت التنكير؛ ولهذا قالوا: لو حلف "لا يمسُّ هذا الرأس أحد" وأشار إلى رأس غيره فمسه هو حنث، ولو أشار إلى رأس نفسه فمسه لم يحنث.

لأبي يوسف: أن الحالف في العادة يمنع غيره من دخول الدار، وإذا أراد نفسه ذكرها، فوجب أن تعتبر العادة.

---

١ **الجامع الكبير**، ٣١.

[٩١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يأكل مِن كَسب فلان" فمات، فورثه فأكل من الميراث: حنث. وروى ابن رستم عن محمد مثله. وروى هشام عنه: أنه لا يحنث.[١]

لأبي يوسف: أن المال كسب الميت، ولم يحدث بالميراث اكتساب للآخر، فبقي الاسم الأول بحاله. ولأن الميراث يضاف إلى الميت، ويتصرف فيه الوارث على حكم ملكه، فيصح أن يقال: إنه كسبه. **لمحمد**: أن المقصود باليمين الامتناع من أكل ملكه حتى لا يلتزم له ثمنه، وهذا لا يوجد إذا زال ملكه عنه، كما لا يوجد إذا باعه.

[الحلف على عبد فلان وطعامه]

[٩٢.] **مسألة** قال محمد في **الزيادات**: إذا حلف "لا يكلم عبد فلان" أو "لا يدخل دار فلان" أو "لا يأكل طعامه" أنه على ما يكون لفلان يوم الفعل. وهذا كقوله: "لا أكلم عبدًا لفلان". وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف مثله. وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يحنث فيما يستفيد، وإنما يعتبر ما يملكه يوم الحلف.[٢]

لأبي يوسف: أن يمينه ينعقد على شيء يضاف إلى المحلوف عليه. وقوله: "عبده وعبد له وطعامه وطعام له" سواء. وقد قال في **الزيادات**: إذا حلف "لا يكلم زوج فلانة أو ابن فلان أو صديقه" كان على يوم الحلف؛ لأن هذا لا يقصد به الإضافة، وإنما هو للتعريف كالتسمية والكنية والنسب.

لمحمد: أن قوله: "عبد فلان" يقتضي من يضاف إليه في الحال، ومن يستفيده ليس بمذكور في كلامه [١٩ظ] فلا يحمل الكلام عليه، وليس كذلك قوله: "عبدًا

---

١ **النوازل** لأبي الليث، ١٧٤.

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٦٤؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٧٨/٧؛ **منتخب الزيادات**، ٦ظ، ٧و.

لفلان"؛ لأن الكلام يفيد الاستقبال، بدلالة قوله تعالى: ﴿وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا﴾ [الإسراء، ١٩/١٧]، ويقال: تأهَّبْ للشتاء.

[الحلف على تزوج بنات فلان]

[٩٣.] **مسألة** قال خلف[١] عن أسد:[٢] إذا حلف "لا يتزوج شيئًا من بنات فلان" أو "بنتًا لفلان" فحدثت له بنت فتزوجها حنث في قول أبي حنيفة. قال: وأما أنا فأقول: لا يحنث. وسألت الحسن فقال كقول أبي حنيفة.[٣]

لأبي حنيفة: أن "شيئًا" يقتضي التنكير، ولا يختص بما يضاف إليه في الحال. وليس كذلك قوله: "بنت فلان"؛ لأن هذا يُقصد به التعريف والنسب فيتناول الموجود.

وأما وجه قول أسد: أنه لو قال: "بنتك" تناولت اليمين الموجود، كذلك إذا قال: "شيئًا من بناتك" يتناول الجملة ما يتناول الواحدة.

[هل تدخل الضرورة في اليمين؟]

[٩٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا حلف لا يأكل حرامًا فأكل ميتة حال الضرورة حنث. وروى الفضل بن غانم[٤] عن أبي يوسف: أنه لا يحنث. قال أبو الحسن:

---

١ خلف بن أيوب العامري البلخي، (ت. ٢٠٥هـ). من أصحاب محمد وزفر. **الجواهر المضية**، ٢٣٢/١.

٢ أسد بن عمرو البجلي، (ت. ١٨٨هـ). من أصحاب الإمام. قال الصيمري: أول من كتب كتب أبي حنيفة. **الجواهر المضية**، ١٤٠/١.

٣ ويدخل فيه على قول أسد ما لو قال: "والله لا أتزوج من هذه الدار" وليس للدار أهل فسكنها فتزوج منها، وهو بخلاف ما لو قال: "لا أتزوج من أهل الكوفة" فتزوج امرأة لم تكن ولدت حينئذ: حنث. **النوازل**، ١٦٠.

٤ انظر: **الجواهر المضية**، ٤٠٧/١.

وهو عندي قول محمد، أنه قال في كتاب الإكراه: إن الله تعالى قد أحل الميتة حال الاضطرار.[١]

لنا: أن الميتة محرَّمة حال اليمين، وتناوَلها الحَلِف، فلا يختلف باختلاف أحوالها، كمن قال: "لا آكل الميتة". ولأن حكم التحريم باقٍ عند وجود الضرورة وهو أن لا يأكل منها قدر الشبع، وتوصف أنها محرمة على غيره، وإذا كان التحريم موجودًا حنث. **لأبي يوسف**: أن أكل الميتة عند الضرورة مباح فصار كسائر الأطعمة المباحة.

[الحلف الموقت]

[تخصيص وقت تعليق اليمين بالنية]

[٩٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: "يوم أكلم فلانًا فعبدي حر" وقال أردت به بياض النهار دِيّن في القضاء. وعن أبي يوسف: أنه لا يديّن.

لهما: أن اليوم عبارة عن بياض النهار في الحقيقة وإنما يحمل على الوقت المبهم بالعادة، فإذا نوى حقيقة كلامه صدق وصارت الحقيقة أحد الظاهرين. **لأبي يوسف**: أن الظاهر من كلامه الوقت المبهم بدلالة أنه لو أطلق حمل عليه، ومن صَرَف كلامَه عن ظاهره [٢٠و] لم يُصدَّق.

[الحلف على أن لا يكلمه مليًّا]

[٩٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال: "لأهجرنَّك مليًّا" ولا نية له فهو على شهر وأكثر. فإن نوى أقلَّ دِين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء.[٢] وروى هشام

---

١ **نوادر المعلى**، ٥٧و؛ **الأصل**، ٣٢٠/٧، ٤١٦؛ **عيون المسائل**، ١٨٧.

٢ **شرح مختصر الطحاوي**، ٤٣٨/٧.

عن أبي يوسف: أن يمينه على شهر إلا يوم، بمنزلة قوله: "قريب". وروى معلى عن أبي يوسف: شهر ويوم.[١]

لأبي حنيفة أن هذه اللفظة تقتضي امتداد المدة، يقال: "أمليت الفرس" إذا أطلت عَنانه، وقال الله تعالى: ﴿وَٱهْجُرْنِي مَلِيًّا﴾ [مريم، ٤٦/١٩]، والمراد دهرًا، فصار هذا في حكم البعيد، فيكون على ما زاد على الشهر. **لأبي يوسف** أن الاسم يتناول قطعة من الزمان غير مقدر ولا يفيد الكثرة، فصار كقوله: "لا أكلمك إلى قريب".

[الحلف على الموسم]

[٩٧.] **مسألة** قال خلف عن محمد: إذا حلف "لا يكلمه إلى الموسم" قال: يكلمه صبيحة يوم النحر. وقال أبو يوسف: إذا زالت الشمس يوم عرفة.[٢]

لأبي يوسف: أن الموسم عبارة عن العلامة، ومنه السمة. والوسمي المطر السابق؛ لتأثيره في الأرض. ومنه الاسم؛ لأنه علامة على المسمى. فصار معنى أيام الموسم الأيام التي تقع فيها أعلام الحج وشعائره، فأولها يحصل يوم عرفة وقت الوقوف الذي هو الركن. وقد قيل: إنه مأخوذ من الوسامة والحسن، سمي بذلك لاجتماع الناس، وهذا موجود يوم عرفة. **لمحمد**: أن الاسم مأخوذ من العلامة، فيختص بأيام مِنى، كالتشريق المأخوذ من الظهور. ولأن العادة الفرق بين أيام الحج وأيام الموسم، فحمله على وقت التحلل.

[الحلف على القراءة لفلان]

[٩٨.] **مسألة** قال هشام: قال محمد: سأل هارون الرشيد أبا يوسف عن من حلف لا يقرأ لفلان كتابًا فنظر فيه وفهمه ولم يقرأ بلسانه، وكان ابتلي بذلك. فقال:

---

١ **نوادر المعلى**، ٥٦ظ. وانظر: **الأجناس**، ٣٥٥.

٢ انظر: **الأجناس**، ٣٥٨.

لا يحنث. قال محمد: أما أنا فلا أقول هذا. على قوله فلم يذكره. وروى داود بن رُشَيْد[١] وابن رستم[٢] وخلف بن أيوب وابن شجاع[٣] عن محمد أنه يحنث.[٤]

لأبي يوسف: أنَّ تَفَهُّم الشيء والفِكرَ فيه ليس بقراءة، بدلالة أن الحائض ممنوعة [٢٠ظ] من قراءة القرآن، ولو نظرت فيه وتفكرت جاز؛ فدلَّ أن ذلك ليس بقراءة. ولأن الأخرس له تفكر في الشيء وتفهم وإن لم يكن قارئًا. وإذا ثبت أن ذلك ليس بقراءة لم يحنث. **لمحمد**: أن الغرض بهذه اليمين الوقوف على ما فيه فإذا حصل ذلك حنث.

[الاستثناء من توقيت اليمين]

[٩٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يكلم فلانًا وفلانًا في هذه السنة إلا يومًا" فكل يوم يكلمهما فيه فهو مستثنى. وقال محمد: الاستثناء على يوم واحد إلا أن يقول: يوم أكلمهما فيه.[٥]

لأبي يوسف: أن قوله: "إلا يومًا" يفتقر إلى إضمار فيضمره فيه ما تقدم، فكأنه قال: "إلا يوم أكلمهما فيه". **لمحمد**: أنه استثنى يومًا منكرًا فلا يفيد أكثر من واحد،

---

١ أبو الفضل، داود بن رشيد الخوارزمي، (ت. ٢٣٩هـ). من أصحاب محمد بن الحسن وحفص بن غياث، وله **النوادر**. **الطبقات السنية**، ٢٢٢/٣.

٢ أبو بكر إبراهيم بن رستم المروزي، (ت. ٢١١هـ) من أصحاب محمد بن الحسن، وله **النوادر**. **الجواهر المضية**، ٣٧/١.

٣ أبو عبد الله محمد بن شجاع الثلجي، (ت. ٢٦٦هـ) تفقه على الحسن بن زياد، والحسن بن أبي مالك. وله **النوادر**. **الفوائد البهية**، ١٧١.

٤ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٥و، ٢١٥ظ.

٥ **شرح مختصر الكرخي**، ٢٢١و. وانظر: **الأصل**، ٢٨/٥.

كقوله: "أعط هؤلاء إلا واحدًا". وليس كذلك إذا قال: "يوم أكلمهما فيه" لأنه عرَّف اليوم بكلامهما، والنكرة إذا عرّفت عمَّت.

[الحلف على الشراب]

[١٠٠.] **مسألة** روى عمرو عن محمد عن أبي حنيفة فيمن حلف "لا يشرب الشراب" أنه على الخمر إلا أن ينوي غيره. وقال محمد: إن كان لم يشرب الخمر قط فيمينه على النبيذ.

لأبي حنيفة: أن اسم الشراب يتناول جميع المشروبات إلا أن العادة أن الاسم عند إطلاقه يتناول الخمر فحمل عليه. ولا معنى لاعتبار عادة الحالف؛ لأن من حلف لا يأكل لحما تناول لحم الخنزير والإنسان وإن لم يعتادهما. **لمحمد**: أن الإنسان يمتنع مما قد فعله، فإذا كان لم يشرب الخمر فالظاهر أنه امتنع مما يقوم مقامه، والنبيذ الشديد يعمل عمل الخمر فحملت اليمين عليه.

[الحلف على دخول البلدة]

[١٠١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف "لا يدخل بغداد" فانحدر في سفينة من الموصل، ولم يصعد شط بغداد حتى جازها: لم يحنث. ولو صعد على الجسر حنث. وقال محمد: يحنث.[١]

لأبي يوسف: أن البلد اسم لما يتصرف فيه ويمشي عليه، وهذا لا يوجد في بطن دجلة فلم يحنث. ولأنه لا يمكن سكنى بطن دجلة ولا التصرف فيه، فلم يحمل اليمين عليه. **لمحمد**: أن الدجلة من بغداد؛ بدلالة من قعد في سفينة صحَّ [٢١و] أن يقال: إنه لم يخرج من بغداد، وإذا تناول الاسم ذلك الموضع: حنث بدخوله.

---

١ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٦و. وانظر: **نوادر المعلى**، ٦٠و.

[الحلف على المساكنة]

[١٠٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف "لا يساكن فلانًا" فسافر المحلوف عليه فسكن الحالف مع أهله: حنث. وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث.

لأبي حنيفة: أن الإنسان يوصف بسكنى الدار وإن غاب عنها؛ ألا ترى أنه لو خرج إلى الضيعة لم يخرج من أن يكون ساكنًا؛ لبقاء أهله، وهذا المعنى موجود وإن سافر. **لأبي يوسف**: أنه حلف على مساكنته، وهذا يقتضي فعل فلان للسكنى، وذلك لا يوجد حتى يفعلها بنفسها. **وهذا باطل**، لأن ابن سماعة روى عنه أنه إن كان سفرًا أقل من ثلاثة أيام حنث الحالف، وإن لم يفعل المحلوف عليه السكنى بنفسه.

[الحلف على الدهن]

[١٠٣.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا حلف "لا يشتري بنفسجًا" فهو على الدهن دون الورق. وقال أبو يوسف: عليهما.[١]

وهذا ليس بخلاف في الحقيقة: لأن أبا حنيفة أجاب على عادة أهل بلده، وبالكوفة يفهم من إطلاق البنفسج الدهن فحمل اليمين عليه، ولم يحملها على الورق؛ لأن من أصله أن اللفظ لا يحمل على الحقيقة والمجاز. **وأما أبو يوسف** فيجوِّز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز، والورق يسمى بنفسجًا كالدهن فحمل الاسم عليهما. وقد قالوا في الورد والحناء: إنه يحمل على الورق دون الدهن؛ لأن العادة عندهم أن الاسم للورق، والواجب اعتبار عادة أهل كل بلد.

---

١ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٩و. وانظر: **الأصل**، ٣٦١/٢؛ **الجامع الصغير**، ٢٧٥.

[الرجل يحلف بصدقة ماله ثم يحنث]

[١٠٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلف بصدقة ماله وله أرضُ عشرٍ ولا ثمرة فيها لم يتصدق بالأرض والنخل. وروى معلى عن أبي حنيفة[١] مثله. وقال أبو يوسف: يدخل الأرض في اليمين كان فيها ثمرة أو لم يكن، وكذلك أرض الخراج في إحدى الروايتين.[٢] وروى معلى عنه: أن لا يتصدق بأرض الخراج.[٣]

لهما: أن اليمين يتناول جنس ما يتعلق به الزكاة، ورقبة الأرض والنخل لا زكاة فيها، فجرى مجرى سائر الأموال التي لا زكاة فيها. **لأبي يوسف**: أن الأرض سبب لإخراج العشر؛ ولهذا يقال: "أرض عشرية" وإذا أضيف إليها دلَّ على تعلقه بها. [٢١ظ]

[١٠٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حلف الرجل أن "لا مال له" وله مال لا يجب فيه الزكاة لم يحنث في قياس قول أبي حنيفة على النذر.

وهذا ضعيف؛ لأن القياس في النذر أن يتعلق بكل الأموال، **وإنما استحسن** فحمله على ما يتعلق به الوجوب في الشرع. فأما إذا حلف فيمينه محمولة على ما يعتاد تسميته مالًا فيحنث.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف فيمن حلف أن "لا مال له" وله عبد له مال ولا دين عليه: لم يحنث. وهذا على أصلهما: أن مال العبد لا يضاف إلى مولاه في العادة؛ ولهذا قالا: لو حلف "لا يركب دابته" فركب دابة عبده لم يحنث. وقال محمد: يحنث، واعتبر حقيقة الملك دون الإضافة.[٤]

---

١ لعل المقصود: محمد بن الحسن، لأنه قال بعد: «لهما».

٢ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٩و.

٣ **نوادر المعلى**، ٥٣و. | وروى المزني عن علي بن معبد عن محمد: أن أبا يوسف رجع عن ذلك، وقال يجزئ فيه كفارة اليمين. **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٩و.

٤ انظر: **الأصل**، ٣٤٦/٢؛ **الجامع الصغير**، ٢٦٢؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٢١٩ظ.

[الأيمان يكذب بعضها بعضًا]

[١٠٦.] **مسألة** قال بشر عن أبي يوسف فيمن قال "إن كنت دخلت هذه الدار اليوم فعبدي حر" ثم قال: "إن لم أكن دخلتها فامرأتي طالق" قال: إن كانت كل واحدة من اليمينين مما يحكم به الحاكم حنث فيهما، وإن كانت الأولى لا يحكم بها مثل اليمين بالله لم يحنث في الثانية، ثم رجع فقال: إذا كانت جميعها مما يحكم بها فحلف بالأولى ثم قال: "أوهمتُ" وحلف بالثانية: حنث في الأولى دون الثانية. وقال محمد: يحنث فيهما جميعًا.

لأبي يوسف الآخر: أنه كاذب في إحدى اليمينين ولم يتعين بذلك، فوجب أن يرجع في تعيينه إلى قوله. ولأنه إذا قال: "أوهمت" فقد حنث في الأولى وبطلت، فحلف في الثانية ولا يمين فكأنه ابتدأها. وأما إذا كانت اليمين الأولى بالله على قوله الأول فقد زعم أنه صادق في الثانية حانث في الأولى، والقضاء لا يقع بها فصدق، ولا كذب فيرجع إلى قوله. **لمحمد**: أن الحالف تحقق لما حلف عليه بيمينه فهو مكذب للثانية بالأولى، وللأولى بالثانية، ولا يصدق في نفي الكذب عن أحدهما؛ لأجل استحقاق الآخر: فحنث.

[الاستثناء من اليمين المنفي المنكر]

[١٠٧.] **مسألة** روى ابن أبي رجاء عن محمد عن أبي يوسف فيمن قال: "إن كان في دكاني إلا هروي فعبدي حر" فإذا فيه هروي وغيره: حنث. وقال محمد: [٢٢و] لا يحنث.

لأبي يوسف: أن التقدير: "إن كان في دكاني شيء إلا ثوب هروي فعبدي حر" فشرط الحنث وجود شيء لا يكون هرويًا في الدكان، وقد وجد ذلك؛ لأن الشيء المقدَّر إثباته يقتضي الشياع والعموم، وكذلك استضعف النحويون قراءة من قرأ:

﴿فَأَصۡبَحُواْ لَا تُرَىٰٓ﴾ بضم التاء ﴿إِلَّا مَسَٰكِنُهُمۡۚ﴾ [الأحقاف، ٢٥/٤٦] بالرفع قالوا: والوجه (لا يُرى)؛ لأن التقدير: لا ترى شيئًا فشيء.[١] قالوا: وإنما يكون هذا في ضرورة الشعر كما أنشده أبو الحسن:

بَرَى النَّحز والأجراز ما في غروضها فما بقيت إلا الضلوع الجراشع[٢]

ولو كان في الكلام تبعًا أن يقول: "فما بقي" فلا اعتبار بما ثبت ما بعد "إلا"؛ لأن المذكور من طريق المعنى مقدر قبلها، فلذلك ضعف أن يلحق الفعل علامة التأنيث.

والصحيح على العربية في هذه المسألة: قول أبي يوسف على ما قدمنا.

فأما محمد فقال: العادة في استعمال الناس أنهم يريدون بهذا الكلام "إن لم يكن في دكاني هروي فعبدي حر" فقال: "إن كان في دكاني إلا هروي"، ومتى كان المراد هذا لم يحنث.

ولِمَا قال محمد شاهدٌ من العربية؛ لأن "إلا" تدخل نقضًا للنفي، وقد وردت بهذا المعنى فيما لفظه إيجاب، وسوَّغ ذلك أن المعنى على النفي. قال سيبويه عن الخليل: «إن التقدير في قولهم: "نشدتك الله إلا فعلت" ما أنشدك إلا فعلت».[٣]

[الحلف على العتق]

[الرجل يعتق كل مملوك يملكه]

[١٠٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال العبد: "كل مملوك فيما أستفيده حر" فأعتق وتملَّك مملوكًا: لم يعتق. وقالا: يعتق.[٤] وقد بينا هذه المسألة في العتاق.[٥]

---

١ وهي قراءة الحسن البصري. انظر: **تفسير الطبري**، ١٥٨/٢١.

٢ وفي ديوانه: «طوى»، والبيت من شواهد **الألفية**. **ديوان ذي الرمة**، ٢/ ١٢٩٦.

٣ انظر: **الكتاب** لسيبويه، ١٩١/١؛ **شرح اللمع** لابن جني، ٣٤٦/١.

٤ انظر: **الأصل**، ١٧٢/٥.

٥ وهو في المفقود من الكتاب.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذ قال لحرة: "إن ملكتك فأنت حرة" أو "إن اشتريتك فأنت حرة" فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكها: لم تعتق. وقالا: تعتق.[١]

لأبي حنيفة: أنَّ مِلك الحرة في الحال يعبر به عن تزويجها، فقد تملك رقبتها بأن تُسترق، والحال أخص وأهم إلى الحالف، فحُملت اليمين عليها، ومتى حملت اليمين عنده على المجاز لم يحمل على الحقيقة.

لهما: أن ملكها في الحال بالنكاح ليس بحقيقة ملكٍ، [٢٢ظ] فوجب أن تحمل يمينه على الملك الحقيقي وهو ما بعد الاسترقاق. ولأنه علَّق بالملكِ الحرية فدلَّ على أنه لم يرد به الملك الذي هو النكاح؛ ألا ترى أن من قال لأجنبية: "إن طلقتك فعبدي حر" حمل ذلك على أن يتزوجها فيطلقها؛ لأن الطلاق لا يقع إلا في ملك.

[العتق على ملك مستقبل]

[١٠٩.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال لعبدٍ: "إن اشتريتك فأنت حر" فاشتراه عتق. وقال بشر: لا يعتق حتى يقول: "إن اشتريتك فملكتك".[٢]

لنا: أن العتق لا يقع إلا في ملك، والشراء من أسبابه، فصار مضمَرًا فيه، فكأنه قال: "إن اشتريتك وملكتك". ولا يلزم إذا قال لزوجته وهي أمة: "والله لا أقربك حتى أشتريك" أنه لا يكون مُوليًا. ولا يجعل كأنه قال: "لا أقربك حتى أملكك"؛ لأنه لم يذكر في يمينه ما يختص بالملك فلم يضمَر، والشراء قد يملك به وقد لا يملك.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ١٩٢ظ.

٢ وقال في **شرح مختصر الكرخي** القول عن الذي نسبه هنا لبشر: أنه قياس قول أبي حنيفة. انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ١٩٢ظ.

وجه قول بشر: أن الشراء قد يقع به الملك، وقد لا يقع بأن يشتري لغيره، والعتق لا يصح إذا لم يضفه إلى ملك.

[حكم الاستيلاد بعد الردة والسبي]

[١١٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا استولد جارية، ثم ولدت في ملكه من زوجٍ، فأعتقها، وأعتق ولدها، فارتدا ولحقا، وسبيتا، فاشتراها: كانت الأم أم ولد، وبنتها بنت أم ولد. وقال محمد: لا يعود حكم الاستيلاد في بنتها.

لأبي يوسف: أن حرمة الاستيلاد قد ثبتت للبنت، وهي جارية مجرى النسب، والنسب لا يتغير بالاسترقاق، فكذلك ما أجري مجراه. ولا يلزم من اشترى خالته وهي حامل فعتقت وما في بطنها بالنسب، وولدت بنتًا، وكبرت فارتدت مع أمها، ولحقتا بدار الحرب وسبيتا، فاشتراهما: لم تعتق البنت؛ لأن الأم كانت عتقت بحكم النسب، فثبت هذا المعنى للولد لا على طريق السراية، لكن لأنها كجزء من الأم، فصار كالعتق بالإيقاع، فإذا عادت إلى ملكه عتقت بحكم النسب، والبنت ليست في حكم جزء فلم تعتق؛ لعدم المعنى الذي عتقت به في [٢٣و] الأصل. وفي مسألتنا ثبت الحق للولد على طريق السراية، فعلق به من الحكم ما تعلق بالأم.

لمحمد: أن حق الاستيلاد ثبت للولد على طريق السراية، فإذا عادت إلى ملكه والولد منفصل لم يجز أن تثبت السراية مع الانفصال.

[الحلف على أكل رغيف]

[١١١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "إن أكلت اليوم إلا رغيف فعبدي حر" فأكلت بلحم أو ما أشبهه: لم يحنث. وقال محمد: يحنث، إلا أن يأكله بما لا ينفرد عن الخبز، مثل الخل والملح.[١]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٧و.

لأبي يوسف: أن العادة فيمن أكل رغيفًا بإدام أن يقول: "ما أكلت إلا رغيفًا" فعلم أن الإدام غير معتدٍّ به في العادة فلم يحنث. **لمحمد**: أن اللحم مما ينفرد بالأكل فصار كرغيف آخر. ولأنه لو أكل اللحم منفردًا والخبز منفردًا حنث بالاتفاق، وهذا المعنى موجود إذا جمعهما.

[الحلف على العتق في عبد مشترك]

[١١٢.] **مسألة** روى أبو سليمان عن محمد في عبد بين شريكين قال أحدهما لصاحبه: "إن كنت اشتريت منك نصيبك منذ أمس فهو حر" وقال الآخر: "إن لم أكن بعتك نصيبي منذ أمس فهو حر" فإن قياس قول أبي حنيفة أن العبد يعتق منهما، ويسعى في نصف قيمته لمنكر الشراء، ولا يسعى لمدعي البيع في شيء، موسرين كانا أو معسرين.

وروى هشام عن محمد: أن القاضي يقضي بالسعاية على العبد في قيمته كاملة بينهما نصفين، موسرين كانا أو معسرين، وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى في نصف قيمته للذي أنكر الشراء إن كان الذي ادعى البيع معسرًا، وإن كان الذي ادعى البيع موسرا لم يسع العبد في شيء.

أما [وجه] رواية أبي سليمان وهي الصحيحة: أن مدعي البيع يزعم أن نصيبه انتقل إلى شريكه بالبيع وله عليه الثمن، وهذا براءة للعبد من السعاية. **وأما على قولهما**: فإن العبد يسعى في نصف قيمته للذي أنكر الشراء إن كان الذي ادعى البيع معسرًا؛ لأنه يزعم أنه أعتقه وأن له السعاية على العبد؛ لكون المعتق معسرًا، وإن كان المدعي للبيع موسرًا لم يسع للذي أنكر الشراء؛ لأنه قد أبرأه من السعاية [٢٣ظ] بدعواه الضمان على صاحبه.

وأما وجه رواية هشام: فلأن كل واحد منهما قد برئ من دعوى صاحبه باليمين،

فبقي نصيبه على ملكه بحكم الحاكم، فصارت الحرية واقعة في العبد بإقراره، فصار كعبد بين شريكين، شهد كل واحد على صاحبه بالعتق، فيلزمه أن يسعى لهما في قيمته موسرين كانا أو معسرين.

وجه قولهما في رواية هشام: أنهما إذا كانا موسرين فإن القاضي يقضي للذي ادعى البيع على العبد بالسعاية في نصف قيمته، ويعتق نصيب الذي أنكر الشراء، ولا سعاية له؛ لأنه يدَّعي الضمان على صاحبه. وإنما وجب لمدعي البيع السعاية؛ لأنا حكمنا بعتق العبد قبل التسليم إلى المشتري، وقد تعذر استيفاء الثمن بجحود المشتري، فصار كما لو أعتقه المشتري وهو معسر فللبائع السعاية، كما للمرتهن. وقد روي عن أبي يوسف: أن البائع يثبت له السعاية على العبد كما تثبت للمرتهن.

[الرجل يولي من جماعة نسائه]

[١١٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال لامرأتين له: "والله لا أقرب إحداكما" فمضت أربعة أشهر فوقعت تطليقة، وعيَّنها الزوج في إحداهما، ثم مضت أربعة أشهر: لم تَبِن الأخرى. وقال محمد: تبين الأخرى.[١]

لأبي يوسف: أنه لما عيَّن الطلاق فيها وصحّ تعيينه وهو موجب الإيلاء تعيَّن الإيلاء الموجب له فيها، فكأنه آلى منها ابتداءً، فإذا تعين فيها لم تبن الأخرى. **لمحمد**: أن اليمين وقعت على إحداهما بغير عينها، فلما تعين موجبها بتعيين الطلاق، كما لو عين الإيلاء قبل الطلاق لم يصح تعيينه. واستشهد محمد على قوله بمن قال: "إن كلما جاء يوم فإحداكما حرة" فإن إحداهما تعتق باليوم الأول والأخرى بالثاني، ولا يتعين اليمين الأولى بتعيين الحرية فيها، كذلك في مسألتنا.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ١٥٩و؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٦٣/٥، ١٦٤.

[الحلف على الطلاق مع القذف معلقًا]

[١١٤.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير**:[١] إذا قال لامرأته: "أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار" فدخلت وقع الطلاق، ولا حدَّ في القذف ولا لعان.[٢] وروى ابن سماعة [٢٤و] عن محمد: أن عليه اللعان.

وجه ما ذكره في الأصل أن قوله: "يا زانية" نداءٌ، فلا يفصل بين الشرط والجزاء، كما لو قال: "أنت طالق يا عمرةُ إن دخلت الدار" وإذا وقف الطلاق على الدخول صار قاذفا في حال الزوجية، فإذا بانت بالطلاق سقط الحد واللعان.

لمحمد: أن قوله: "يا زانية" قذف وهو كلام لا تعلق له باليمين، ففصل بين الشرط والجزاء فوقعت عليها تطليقة وصار قاذفًا لها فوجب اللعان.

وقد ذكر أبو يوسف في الإملاء عن أبي حنيفة فيمن قال لامرأته [التي] لم يدخل بها: "أنت طالق يا زانية ثلاثًا" أنه لا حد ولا لعان، وبه قال أبو يوسف، ثم رجع فقال: عليه الحد وتطلق واحدة.

لأبي حنيفة: أن قوله: "يا زانية" نداءٌ فلا يفصل بين الطلاق والعدد، فوقف وقوع الطلاق على تمام الكلام، وصار قاذفًا قبل الوقوع فقد قذفها وهي زوجته، ثم سقط اللعان من طريق الحكم فسقط الحد واللعان، قبل أن يصدقه.[٣]

لأبي يوسف: أن قوله: "يا زانية" كلام مبتدأ بعد الطلاق، فيفصل بينه وبين ما بعده، فيصير القذف بعد البينونة، فتعلق به الحد.

---

١ وفي شرحه على **مختصر الكرخي**: «في **الجامع الكبير**». وهو الصواب. انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٤ظ.

٢ انظر: **الجامع الكبير**، ٧٠؛ **الأصل**، ٤٨/٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٤ظ.

٣ وصورته في المخطوط:

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة فيمن قال لامرأته: "أنت طالق يا طالق إن دخلت الدار": أن الطلاق الأول يقع الآن، ولا يقف على الدخول. **وفرَّق بينه وبين قوله**: "أنت طالق يا زانية"؛ لأن قوله: "يا طالق" ليس بنداء، وإنما هو إيقاع في الشريعة فيفصل بين الطلاق والشرط، وليس كذلك قوله: "يا زانية"؛ لأنه نداء فلم يفصل كقوله: "يا عمرة".

[الحلف على الطلاق للسُّنة]

[١١٥.] **مسألة** قال في **الجامع**: إذا قال لها: "أنت طالق للسُّنَّة" وقف الطلاق على الطُّهر. ولو قال: "تطليقة سنية" وقعت في الحال. وقال أبو يوسف فيهما: يقع للسنة.[١]

لنا: أن قوله: "للسنة" يفيد المستقبل كقوله: "تأهَّبْ للشتاء" وقال الله تعالى: ﴿وَسَعَىٰ لَهَا سَعْيَهَا﴾ [الإسراء، ١٩/١٧] فيقف على أوقات السُّنة. وأما "سنية" فلا يتضمن إضافة الطلاق إلى وقت ولا إلى شرط فيقع في الحال. ولأن "سنية" قد توصف به [٢٤ظ] المرأة، وقد يوصف به الطلاق في حال الحيض؛ لأن السنة اقتضت وقوعه، وليس في اللفظ ما ينفي وقوعها من شرط أو غيره، فوجب إثبات موجب لفظه. **لأبي يوسف**: أنه أوقع طلاقًا بصفة فلا يجوز إيقاعه بغير تلك الصفة، كقوله: "أنت طالق للسنة".

[الحلف على شراء البقر]

[١١٦.] **مسألة** قال في **الجامع**: إذا حلف "لا يشتري بقرة" فاشترى ثورًا حنث. وكذلك لو وكَّل وكيلا بشري بقرة فاشترى ثورًا: جاز. وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث، ولو اشتراه الوكيل ضمن.[٢]

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ١٩١، ١٩٢.

٢ انظر: **الجامع الكبير**، ٧٣.

وجه ما في الأصل: أن البقر اسم جنس، والهاء تدخل في واحده كما تدخل في حية وشاة، فيتناول الذكر والأنثى. وقد قيل: إن بني إسرائيل ذبحوا ثورًا فأخبر الله تعالى أنهم ذبحوا بقرة. **لأبي يوسف**: أن بقرة اسم للأنثى، وللذكر اسم يختص به، فكما لو وكَّله بشراء ثور لم يجز أن يشتري بقرة، كذلك إذا وكَّله بشراء بقرة لم يجز أن يشتري ثورًا، واليمين على ذلك.

[الرجل يطلق امرأتيه ثلاثًا بغير عينها]

[١١٧.] **مسألة** قال في **الجامع**: إذا طلق امرأتيه تطليقة رجعية ثم طلق إحداهما بغير عينها ثلاثًا فانقضت عدتهما لم يملك تعيين الطلاق في إحداهما. قال: وقال بعض فقهائنا يعني القثم بن معن: إن له أن يعين.[١]

وجه ما في الأصل: أن من لا يملك ابتداء الإيقاع لم يملك التعيين، بدلالة الأجنبي، وهو لا يملك ابتداء الإيقاع بعد انقضاء العدة، فلم يملك البيان. **وجه قول القثم بن معن**: أن الطلاق قد وقع على إحداهما؛ لامتناع أن يثبت في الذمة، وإذا وقع الطلاق في مجهول ملك تعيينه، كما قبل انقضاء العدة.

[الحلف على لبس غزل امرأته]

[١١٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال لامرأته: "كل ثوب ألبسه من غزلك فهو هدي" فاشترى قطنا فغزلت: فعليه أن يهديه. **وقالا**: ليس له ذلك.

لأبي حنيفة: أن الرجل في العادة يشتري القطن لامرأته، واليمين محمولة على العادة، فكأنه قال: "إن اشتريت قطنا فغزلته فلبسته" فيكون اليمين في الملك، كذلك في مسألتنا. **لهما**: أن غزلها متى كان من قطن [٢٥و] لم يكن على ملكه يوم اليمين، فهو يمين في غير ملك، ولا مضافةً إلى ملك فلا يتعلق بها حكم.

---

١ انظر: **الجامع الكبير**، ٨٠، ٨١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ١٥٣ظ.

[الحلف على العتق معلقًا بالحج]

[١١٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "عبدي حر إن لم أحج العام" فشهد شاهدان أنه ضحَّى بالكوفة، وهو يقول: "حججت" لم يعتق عبده. وقالا: يعتق. وهذا فرع على اختلافهم في الشهادة بعتق العبد من غير مدعى، فعند أبي حنيفة: لا تقبل. وعندهما: تقبل، وقد مضى.

[الرجل يحلف ويحنث]

[١٢٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "إن دخلت الدار فامرأتي طالق" فقال آخر: "وعليَّ في امرأتي مثل ذلك" فدخلها الأول لم يلزم الأجنبي شيء. وقال زفر: تطلق امرأته.[١]

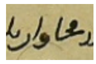
لأبي يوسف: أن قوله: "عليَّ مثل ذلك" إيجابٌ للطلاق على نفسه، والطلاق لا يجب بالنذر، فلم يتعلق بقوله حكم. وليس كذلك إذا قال رجل: "إن دخلت الدار فعلي حجة أو صدقة" فقال آخر: "وعلي مثل ذلك"؛ لأن هذا مما يصح إيجابه بالنذر فجاز أن[٢] يلزمه بلفظ الإيجاب. **لزفر**: أن قوله: "وعلي مثل ذلك" كأنه قال: "وامرأتي طالق إن دخلت"، ويصير في حكم من أعاد اللفظ والتزمه فيتعلق عليه حكم آخر.

[١٢١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "إن طلقتك فعبدي حر" فآلى منها، ومضت المدة: طلقت وعتق عبده. وقال زفر: لا يعتق.

لأبي يوسف: أن الطلاق يقع بمضي المدة بموجب القول الأول، فكأنه قال بعد اليمين: "أنت طالق بمضي أربعة أشهر". **لزفر**: أن الطلاق يقع من طريق الحكم، وشرط يمينه طلاق يقع بفعله، وهذا المعنى لم يوجد.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٢٠٥و؛ **الأصل**، ٣٦٨/٢.

٢ وصورته في المخطوط: 

وأما إذا كان عِنينًا فقد أجلَّه القاضي فمضت المدة وفرَّق القاضي. **فقال أبو يوسف**: يحنث، لأن فرقة العنين طلاق، والقاضي يقوم مقام الزوج في إيقاعه، فكأنه وكَّل بالطلاق. وروى ابن أبي مالك[١] عنه: أنه لا يحنث؛ لأنه لا يقع بموجب قوله، والإيلاء يقع بمقتضى قوله. **وزفر** يقول: عقد على طلاق يوقعه، والفرقة التي يوقعها الحاكم ليست بفعل الزوج فلا يحنث بها.

* * *

١ الحسن بن أبي مالك، (ت. ٢٠٤هـ). من أصحاب أبي يوسف، وتفقه عليه محمد بن شجاع. **الجواهر المضية**، ١/٢٠٤.

كتاب الغصب

[ضمان زيادة المغصوب]

[١٢٢.] **مسألة** قال [٢٥ظ] في **الأصل**: إذا غصب جارية قيمتها ألف فزادت في البدن أو السعر حتى صارت تساوي ألفين، ثم باعها وسلمها، أو تعذر ردها: فللمالك أن يضمن كل واحد منهما ألفين، ولم يحك خلافًا.[١]

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه إن شاء ضمَّن الغاصب قيمتها يوم الغصب، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني قيمتها زائدة. وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة.

وعلى هذا الخلاف إذا غصب شاة فسمنت ثم ذبحها، قال أبو حنيفة: يضمن قيمتها يوم الغصب، وكذلك روى مسألة الشاة ابن أبي مالك عن أبي حنيفة وأبي يوسف. قال: ثم رجع أبو يوسف.

لأبي حنيفة: أن هذه الزيادة لا تخلو: إما أن يضمنها الغاصب منفردة عن الأصل، أو يضمنها مع الأصل، فلا يجوز أن يضمنها منفردة؛ لأنه لا يصح إفرادها بالغصب فلا يجوز إفرادها بضمانه. ولأن الأسباب التي يتعلق بها الضمان سببان: أحدهما العقد والآخر الغصب، فإذا كان كل واحد منهما لا يصح أن ينفرد في الزيادة فكذلك الضمان المتعلق به. ولا يلزم الصيد إذا زاد في بدنه وهو في يد المحرم؛ لأنَّا علَّلنا لضمان الغصب. ولأن تلك الزيادة لا تضمن منفردة عن الأصل.

---

١ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٢٤/٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٠ظ، ٣١١و؛ **التجريد**، ٣٣١٩/٧.

والفرق بينهما: من طريق المعنى أن ضمان الغصب يتعلق به التمليك، والزيادة لا يجوز إفرادها بالتمليك، وليس كذلك ضمان الصيد؛ لأنه لا يتعلق به التمليك، وإنما هو كفارة، والكفارة تتعلق بما لا يملك، كما تتعلق بقتل الحر. وإذا ثبت أن الزيادة لا تُضمَن منفردة لم يجز أن تضمن مع الأصل؛ لأنها لو ضمنت لم يخل أن يتجدد هذا الضمان مع بقاء الضمان الأول، أو يسقط الأول ويحدث الثاني، ولا يجوز أن يسقط الضمان الأول ويتجدد ضمان آخر؛ لأن سبب الضمان الأول القبض على وجه التعدي، ولا يجوز سقوط الضمان مع بقاء سببه، ولا يجوز ضمانه مع بقاء الأول؛ لأن ضمانه يتعلق به التمليك، ولا يطرأ عليه ضمان آخر من جنسه كالمقبوض على سوم البيع والرهن والمقبوض بالبيع، فلم يبق إلا سقوط ضمان الزيادة. ولا يلزم على هذا إذا قتل الغاصب العبد [٢٦و] لأن هذا الضمان مخالف للضمان الأول؛ بدلالة أنه يتعلق بالعاقلة، ويتقدر بما دون الدية، والضمان الأول لا يوجد فيه هذا المعنى. والضمانان من جنسين يجوز أن يطرأ أحدهما على الآخر، كطريان ضمان الغصب على ضمان الغصب، وإن كان لا يجوز أن يطرأ ضمان على ضمان من جنسه.

ولا يقال: لو كانت دابة فأتلفها ضمن قيمتها زائدة، وإن كان هذا المعنى من جنس الضمان الأول؛ لأنا لا نسلِّم هذا؛ بل نقول: إنه يضمن قيمتها يوم الغصب؛ لأن ضمان إتلافها من جنس الضمان الأول، وإنما قال في قتل الجارية؛ لأن ضمان القتل فيها غير الضمان الأول.

ومن أصحابنا من فرق بينهما فقال: إن ضمان الإتلاف يخالف ضمان اليد؛ ألا ترى أنه يضمن به الحر والعبد، وضمان اليد لا يضمن به العبد، فإذا خالف ضمان الإتلاف الضمان الأول جاز أن يطرأ عليه. ولا يلزم الصيد إذا زاد في بدنه؛ لأنه لا يمنع أن يتجدد فيه الضمان مع بقاء الضمان الأول؛ لأن التمليك لا يتعلق به، فيجوز أن

يثبت ضمانه من وجهين. وأما الغصب فيتعلق بضمانه التمليك، فلو ضمن من وجهين لثبت الملك لواحد في عين واحدة من وجهين، كل وجه في جميعها. وهذا لا يصح.

فإن قيل: إذا جاز أن يثبت الضمان على اثنين في عين واحدة على كل واحدة منهما في جميعها، وإن تعلق بضمانها التمليك مالًا جاز أن يتعلق الضمان على واحد من وجهين.

قلنا: إن كون الشيء ملكًا لواحد لا يمنع انتقاله إلى غيره، فكذلك جاز أن يصير مضمونًا ضمان التمليك في حق كل واحد على وجه الخيار. وأما في حق الواحد فكونه ملكًا له يمنع تجدد الضمان له مع بقاء الملك الأول، فكذلك لم يجز أن يتجدد عليه الضمان مع بقاء الأول.

ولا يلزم إذا غصب جارية بيضاء العينين فذهب البياض، ثم ضربها الغاصب فعاد البياض؛ لأن البياض لما زال فهو حكم الزيادة المنفصلة، فإذا عاد بفعله فقد ذهبت الزيادة فصار كالولد إذا أتلفه. ولا يلزم إذا أبرأ الغاصب من ضمانها ثم منعه إياها أنه يضمن قيمتها زائدة؛ لأن الضمان الأول سقط بالبراءة، وتجدد بالمنع [٢٦ظ] ضمان آخر مع سقوط الأول، فثبت في الأصل والزيادة، كالمقبوض على سوم الشراء إذا زاد ثم رده ثم قبضه ثانيًا.

لهما: أن القبض غصب، والبيع والتسليم غصب آخر، فكان للمالك اختيار كل واحد منهما، كالقتل بعد الغصب.

[ضمان نقصان المغصوب]

[١٢٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا ولدت المغصوبة جبر نقصان الولادة بالولد استحسانًا. وقال زفر: لا يجبر، وهو القياس.[١]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١١و، ٣١١ظ.

ووجهه: أن الجارية مضمونة والولد أمانة، فصار كمغصوبة ووديعة، فلا يجبر أحدهما بالآخر. ولأن كل واحد منهما مِلك للمغصوب منه، وملك الإنسان لا يجبر بعضه ببعض. ولأن الأم لو هلكت لم يجبر نقصان الولادة بالولد، فلو كان يعتد بها حال بقائها اعتد بها حال هلاكها.

وجه الاستحسان: أن النقصان الحاصل بالولادة سبب في الولادة؛ ألا ترى أنه لو تولد منه فجاز أن يجبر به، كأرش الجناية. **يبين ذلك** أن للقطع سبب في حصول الأرش فلذلك جبر نقصانه به.

ولا يقال: إن الأرش ليس بمال له قبل أخذه فلذلك جبر النقصان به. **لأنهم** إن أرادوا أنه ليس بمال له قبل أخذه فكذلك نقول في الولد: إنه ليس بمال له قبل الانفصال، وهو مال له بعد الانفصال كما أن الأرش مال له بعد القبض، وليس هذا من الجارية الوديعة في شيء؛ لأن النقصان الحاصل في المغصوبة ليس سبب في حصول الوديعة، فلذلك لم يجبر به. ولا يجوز اعتبار ذلك بحال هلاك الأم؛ لأن الأم متى هلكت ضمنت الجملة فسقط ضمان نقصان الولادة، وإذا لم يكن النقصان مضمونا لم يجبر بالولد المتولد منه، وما لم تهلك الأم فضمان الأجزاء ثابت، فجاز أن يجبر بما تولد منه. وليس هذا كجارية المبيعة إذا ولدت؛ لأن النقصان فيها ليس بمضمون؛ ألا ترى أن الأجزاء لا تضمن بالعقود، وإذا لم يضمن لم يجبر بالولد.

[بم يثبت الغصب]

[١٢٤.] **مسألة قال في الأصل**: إذا شهد الشهود "أن العين التي في [٢٧و] يد فلان كانت ملكًا لفلان": قبلت الشهادة. وعن أبي يوسف: أنها لا تقبل.

لنا: أن البينة تقتضي ثبوت الملك فيما مضى، وكل أمر حكمنا به في زمان سابق فالظاهر بقاؤه ما لم يحدث ما ينافيه، كالعدالة المحكوم بها، والضمان الثابت في

الذمة. ولا يلزم إذا شهدوا أنها كانت ملكًا للميت؛ لأنه حدث ما ينافي الملك وهو الموت فلم يجز استصحابه مع وجود ما ينافيه. ولا يلزم الشهادة بيدٍ كانت؛ لأنَّا قد علمنا زوالها في الحال، فلم يجز استصحابها مع وجود ما ينافيها.

لأبي يوسف: أن المحكوم به هو الملك في الحال، وذلك لم يشهد به الشهود. ولأنهم لو عرفوا بقاء الملك في الحال لذكروه، فلما لم يذكروه دلَّ على شكهم فيه.

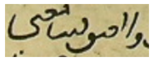
[الغاصب يتصرف في المغصوب فيجيز المالك]

[١٢٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا باع الغاصب العبد، فقبضه المشتري وأعتقه، فأجاز المالك البيع جاز العتق استحسانًا. والقياس أن لا يجوز، وهو قول محمد. قال أبو سليمان: الذي حفظناه عن أبي يوسف: أن العتق لا ينفذ، وإنما هذه رواية محمد.[١]

وجه القياس أن العتق يقف على المالك، والبيع وقف عليه بدلالة أن له إجازة كل واحدة منهما، فإجازته لأحدهما إبطال للأخرى، كالبيع من رجلين. ولأنا لو جوزنا عتق المشتري لنفذ عتقه في رقبة يجوز فيها عتق غيره، وهو المالك، والعتق لا يقع في رقبة يصح فيها عتق الغير. ولأنه طرأ ملك صحيح على ملك موقوف فأبطله، أصله من أعتق عبد غيره ثم اشتراه.

وجه الاستحسان: أن الشراء وقف على إجازة المالك، والعتق فيه معنى[٢] القبض؛ بدلالة أن المشتري لو أعتق المبيع في يد البائع صار قابضًا ولزمه الضمان، والقبض من حقوق العقد، فإذا أجاز المالك العقد جاز بحقوقه كالمالك. ولأن القبض بالعتق

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٦٥.

٢ وصورته في المخطوط: 

قبض من طريق الحكم، فصار كالتخلية، وكما لو خلى الغاصب بين المشتري والعبد فأجاز المالك البيع كانت إجازة للتخلية، كذلك العتق.

ولأن القبض على ضربين: قبض مباشرة، وقبض حكم. [٢٧ظ] ثم إجازة العقد إجازة لأحد القبضين كذلك الآخر.

ولا يقال: إن العتق إنما يكون قبضًا إذا لم يتقدمه قبض، فإذا تقدمه قبض خرج من أن يكون قبضًا؛ لأن العتق إنما لا يكون قبضًا لأن القبض الأول قد صحَّ فلا يكون البيع قبضًا آخر.

وفي مسألتنا القبض موقوف، فإذا حصل بعده العتق وهو آكد منه؛ لأنه لا يلحقه الفسخ تعلق الحكم به. ولا يلزم إذا أعتقه الغاصب ثم ضمن القيمة؛ لأن أبا بكر الرازي قال: هما سواء، وينفذ عتقه. وعن أبي يوسف: أن عتقه لا ينفذ.

والفرق بينهما: أن الغاصب لم يوجد في حقه عقد يكون بيعًا له، فإذا ملك لم ينفذ عتقه؛ لأن العتق ليس من أحكام الملك، وفي مسألتنا وجد عند العتق حق، فجاز أن يكون إجازة العقد إجازة لحقوقه. ولا يلزم على هذا من باع عبدًا وشرط لنفسه الخيار فقبضه المشتري وأعتقه، ثم أجاز المالك البيع؛ لأن من أصحابنا من قال: يجوز العتق.

ولا فرق بين المسألتين. والصحيح الفرق بينهما؛ لأن البائع لما شرط الخيار منع من ملك المشتري ومن تصرفه بالشرط فلم يجز أن يقف العتق مع إبطاله لشرطه، ولم يوجد في مسألتنا من جهة الشرط منعًا لتصرف الغاصب، وإنما وجد ذلك من طريق الحكم، فلذلك جاز أن يقف العتق؛ لأنه؛ يختلف حكم ما يثبت في العقود بالشرط ومن طريق الحكم بدلالة الخيار في الصرف.

وفرق آخر: وهو أن المشتري في مسألة الخيار لا يملك العبد بالإجازة؛ بدلالة [أنَّ]

الملك يقع بالعقد، والإجازة تعمل في إسقاط الفسخ، وإذا لم يقع بها الملك لم ينفذ بها حقوقه، وفي مسألة الغاصب الإجازة يقع بها الملك؛ فلذلك جاز أن يتم بها حقوقه.

[اختلاف الغاصب والمغصوب]

[١٢٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة [ومحمد]:[١] إذا استحق عينًا في يد غيره بالبينة لم يستحلف المستحِق "بالله ما باعها ولا خرجت من ملكه إلا بمطالبة المدعى عليه". وقال أبو يوسف: يستحلف [٢٨و] بغير مطالبته استحسانًا. [٢]

لهما: أن اليمين حق للمدعى عليه؛ بدلالة أن المدعي لو نكل بقيت العين على حكم ملكه، فلم يجز أن يقضى بها إلا بمطالبته، أصله إذا ثبت الدين لم يستحلف بالله ما أبرأ. ولأنه ممن يملك استيفاء حقوقه فلم يجز أن يطالب له غيره إلا بأمره.

لأبي يوسف: أن الشهود قد يشهدون بالملك، وقد وكل المالك من باع العين وهم لا يعلمون، فوجب أن يستظهر في الاستحلاف. وعلى هذا قال في الشفيع إذا استحق الشفعة: استحلفه القاضي "بالله ما سلمها" وإن لم يطلب المشتري ذلك.

[ضمان المغصوب المثلي إذا انقطع]

[١٢٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذ غصب ما له مثل فانقطع: ضمن قيمته يوم الخصومة. وقال أبو يوسف: يوم الغصب. وقال زفر ومحمد: يوم الانقطاع. والخلاف في غير **الأصل**.

لأبي حنيفة: أن الثابت في الذمة هو المثل، بدلالة أن المالك لو لم يطلب حتى قدر على التسليم كان له أخذ المثل، وإنما نقله القاضي إلى القيمة لتعذر التسليم في

---

١ يدل على هذه الزيادة قوله بعد ذلك: «لهما».

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٦ظ.

الحال، فوجب اعتبار قيمته يوم النقل. **ولا يلزم على هذا** من غصب ما لا مثل له أنَّ الثابت عند أبي حنيفة هو نفس المغصوب، وإن اعتُبرت القيمة يوم الغصب؛ لأن العين وإن كانت ثابتة فالمطالبة لم تتعلق بها وإنما تتعلق بالقيمة ابتداء، فإذا قضى بها صار كأنها هي الواجبة بالغصب، وفي مسألتنا قد صحب المطالبة بالمثل، ولو بقي إلى وقت ثاني لكان له المطالبة بها، فوجب اعتبار قيمتها في الحال. ولأنه لا يجوز اعتبار حال الغصب؛ لأنه وقع غير موجب لضمان القيمة، فلا يوجبها في الثاني، ولا يجوز اعتبار حال الانقطاع؛ لأن ذلك ليس بسبب لوجوب الضمان فلم يبق إلا اعتبار حال الخصومة.

لأبي يوسف: أن انقطاعه يوجب تعذر تسليم المثل وضمان القيمة، والغصب هو السبب الموجِب للضمان، فكأنه غصب ابتداءً ما لا مثل له.

لمحمد: أن انقطاعه سبب يوجب تعذر تسليمه، فكأنه استهلكه في ذلك الوقت.

وقد روي عن أبي يوسف ومحمد فيمن غصب ما له حمل ومؤونة فلقيه المالك [٢٨ظ] في بلد آخر: كان له أخذ العين أو قيمتها في مكان الغصب.[١] وهذا صحيح؛ لأن الواجب على الغاصب رد العين على الوجه الذي أزالها، فلو أجبرنا المالك على أخذ العين للحقه ضرر بالمؤونة حتى يرد الشيء إلى ما كان عليه، فصار ذلك كالعيب بالمغصوب فيخير بين أخذ العين أو قيمتها. وقالوا: لو غصب تمرًا ببغداد فلقيه بالبصرة فله أن ينتظر حتى يطالبه ببغداد، وله أن يأخذ قيمته ببغداد؛ لأنه يلحقه ضرر بالحمل. ولأن التمر يتفاوت بالموضعين. ولو غصبه تمرًا بالبصرة فاستهلكه، فلقيه، كان للغاصب أن يمتنع من إعطاء التمر، ويعطيه قيمته بالبصرة؛ لأن العين تتفاوت بالحمل وبالقيمة، فلم يلزمه ضمان أكثر مما لزمه بالغصب.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٠ظ، ٣١١و.

[ضمان العقار المغصوب]

[١٢٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: العقار لا يضمن بالغصب. وهو قول أبي يوسف الآخر. وقال محمد: يضمن.

لهما: أن ضمان الغصب يتعلق بالنقل والتحويل؛ بدلالة أن من منع مالكه من ملكه وخلى بين نفسه وبينه لم يضمنه؛ لعدم النقل والتحويل، وهذا المعنى لا يوجد في العقار فلم يضمن. ولأن الضمان إذا لم يعدَّ إلى حكم عقد ولا إتلاف ملك تعلق بنقل الملك عن مكانه، أو بترك نقله إلى يد مالكه، ولم يوجد واحد من الأمرين فلم يثبت الضمان. ولا يلزم على هذا إذا منع من رد الوديعة؛ لأنه ترك نقل العين إلى يد مالكها مع الإمكان. ولا يلزم على هذا إذا شهد الشهود بملك العقار ثم رجعوا؛ لأنه قال في **الأصل**: يلزمهم الضمان. فمن أصحابنا من حمل ذلك على قول محمد خاصة، وسوَّى بين المسألتين فلم يلزمه الفرق.

وإن فرقنا بينهما فلأن الشهود أتلفوا بشهادتهم الملك؛ ألا ترى أنه لا سبيل للمشهود عليه على العين، والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب، كمن هدمه وحفر أرضه. **ولا يقال**: إن الإتلاف حصل بحكم الحاكم؛ لأن الحاكم إنما ينفذ موجب الشهادة، [٢٩و] فصار الإتلاف بفعلهم.

لمحمد: أن ضمان الغصب يتعلق باليد، والعقار يضمن باليد، بدلالة المشتري إذا قبض. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن المشترى يضمن بالتخلية، والمغصوب لا يضمن بها. وقد قال محمد فيمن ركب دابة غيره ولم يسقها عن مكانها حتى تلفت: إنه لا يضمن لعدم النقل والتحويل، وجميع ما يذكره في هذه المسألة يبطل بهذا.

وقد قال أبو حنيفة: إذا باع دارًا وسلمها ثم أقر بها لغيره لم يضمن. وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن. وفي بعض نسخ **الأصل** رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة، وكذلك حكاه الحاكم.

لأبي حنيفة: أن المقر لم يوجد من جهته إلا البيع، ومجرد القول لا يتعلق به ضمان في ملك الغير، والتسليم العقار[١] لا يتعلق به ضمان عنده، فسقط إيجاب الضمان.

فأما أبو يوسف: فيجوز أن يفرق بين المسألتين؛ لأن المقر أتلف الملك ببيعه وتسليمه، فصار كالشهود. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الملك يتلف بالبيع؛ ألا ترى أن المقر له لو أقام البينة أخذه من يد المشتري، وليس كذلك رجوع الشهود؛ لأن الملك قد تلف بشهادتهم؛ ألا ترى أن المستحق عليه لو أقام البينة لم يستحقه.

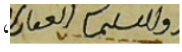
وأما محمد: فبناء على أصله أن العقار يضمن باليد، وقد وجد التسليم من المقر فيلزمه ضمانه.

[حكم ما استغله الغاصب]

[١٢٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: ما استغله الغاصب من العبد المغصوب يتصدق به. وقال أبو يوسف: لا يتصدق به.

لهما: أنه مال حصل له من وجه محظور لم يؤد بدله فأشبه شاة الأنصار. وقد روى بشر بن الوليد وابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن قومًا من الأنصار دعوا النبي صلى الله عليه، فقدموا إليه شاة مشوية، فلم تسغه، فقال لهم: «ما شأنها؟» قالوا: إنها لصاحب لنا ذبحناها بغير أمره، فإذا جاء أرضيناه. فقال عليه السلام: «تصدقوا بها على الأسرى».[٢] وعلى هذا قال أبو حنيفة في المسلم إذا وكَّل ذميًا ببيع خمر: إنه يتصدق بالربح؛ لأنه حصل من وجه محظور.

---

١ وصورته في المخطوط: ، ولعل الصواب: تسليم العقار، أو التسليم للعقار.

٢ انظر: **مسند ابن أبي شيبة**، ٤١٠/٢ (٩٣٥)؛ **مسند أبي حنيفة** لابن خسرو، ٦٧٥/٢ (٨٤٦).

لأبي يوسف: أن الأجرة صارت [٢٩ظ] مالًا بفعل الغاصب، فلم يلزمه أن يتصدق بها كسائر أمواله. ولأنه لما ملكها لم يلزمه أن يتصدق بها إلا بيده، كسائر أملاكه.

[المغصوب يتغير بعمل الغاصب]

[١٣٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا غصب حنطة فطحنها لم يكن لمالكها عليها سبيل. وروي عن أبي يوسف: أن الدقيق للغاصب، إلا أن المغصوب منه أحق من سائر الغرماء، يباع له فيشتري حنطة. وروي عنه: أن الدقيق للمغصوب منه. قال: أستقبح أن يغصب المفلس طعامًا لرجل فيطحنه ويهبه لابن له صغير، فلا يكون للمالك عليه سبيل ويذهب حقه.[١]

لهما: أن الاسمَ زالَ وأكثرَ المنافع المقصودة؛ ألا ترى أن الحنطة بعد الطحن لا تصلح لما كانت تصلح له قبله، فصار كشاة الأنصار. ولا يلزم إذا غصب شاة فذبحها؛ لأن الاسم زال ولم يزل أكثر المنافع، فلذلك لم يسقط حق المالك. ولا يلزم على هذا إذا غصب ثوبًا فشقه؛ لأن الاسم باقٍ وعامة المنافع، وإنما حدث عيب في العين فلا يزيل الملك.

فإن قيل: الحنطة ودقيقها قد أجري مجرى الجنس الواحد، وذلك لأنهما أجريا مجرى الجنس الواحد في البياعات؛ لتقارب المقصود. **[قلنا]**: وهذا المعنى لا يمنع زوال الملك كالشواء في الشاة.

لأبي يوسف: أن الملك كان للمغصوب، ولم يوجد ما أسقط حقه عنه، فصار كالبائع إذا باع ولم يسلِّم. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الغاصب ملك العين من طريق الحكم مع كونها في يده فصار كما بيع وهو مسلم في يد المشتري.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٣و، ٣١٣ظ.

وجه الرواية الأخرى: أن هذا يؤدي إلى إتلاف الأموال؛ لأن كل مفلس يفعل ذلك فلا يرجع المالك إلى شيء، وهذا لا يجوز.

وقد روي عن أبي يوسف في الغاصب إذا شوى الشاة أخذها المالك، ولم يغرم أجرة الشواء. ولو غصب لحمًا فطبخه أخذه المالك، وغرم ما زاد الطبخ فيه. **ولا فرق بين المسألتين في المعنى**؛ لأنه وضع مسألة الطبخ على من طبخ بما له قيمة [٣٠و] من خلٍ، فصار كمن صبغ الثوب، وفي الشواء ليس هناك عين مال قائمة من جهة الغاصب؛ فلذلك لم يضمن المالك.

ولو شوى الشاة بما له قيمة ضَمِن، مثل أن ينقعها في الخل والأبزار[١] ثم يشويها.

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: إذا طحن الحنطة لم ينتفع بها حتى يؤدي البدل؛ لأنه مال حصل من وجه محظور لم يؤد بدله كشاة الأنصار. وقال زفر والحسن: له أن ينتفع بها، لأنه ملكها بالضمان كسائر أملاكه. وروى بشر عن أبي يوسف قال: القياس في الحنطة إذا طحنها أن يجوز له أن ينتفع بها وإن لم يضمن مثلها، والاستحسان أن لا يضمن، والوجه ما قدمنا.

وكان أبو عبد الله يحكي عن أبي الحسن: أن الذبح الذي يجب أن يتصدق به هو الذبح الذي حصل عن جنس الثمن الذي وقع به الشراء الفاسد أو فضل عن جنس القيمة التي وجبت عليه بالحكم، فأما إن باع العين بجنس آخر لم يكن فضلًا؛ لأن الفضل يحصل في الجنس الواحد دون الجنسين. وهذا صحيح، وقد أخذوا عليه كثيرا من المسائل.

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة، والحسن عن أبي حنيفة فيمن ذبح شاة غيره: فللمالك أن يأخذها ولا شيء له، وله أن يأخذ قيمتها؛ لأن المقصود من الشاة اللحم وقد حصل هذا المعنى. وذكر محمد في **الأصل**: أنه إن اختار أخذها ضمّنه النقصان،

---

١ وهي التوابل. انظر: **لسان العرب**، «بزر».

وهو أصح الروايتين؛ لأن ذبح الشاة نقص فيها فصار كشق الثوب.

[الثوب يغصبه الرجل فيصبغه]

[١٣١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غصب ثوبًا فصبغه أسود كان للمالك أن يأخذه ولا يغرم أجرة الصبغ. وقالا: يغرم قيمة الصبغ كالحمرة.[١]

وهذه لا خلاف فيها في المعنى، **لأن أبا حنيفة** أجاب على عادةٍ عرفها، وقد كان الناس يمنعون من لبس السواد، فيعدُّ ذلك نقصانًا. **وأجابا** هما على زمن بني العباس، وقد أحدث الناس لبس السواد، فصار صبغًا مقصودًا كالحمرة. ويجوز أن يكون أبو حنيفة أجاب في نوع من الثياب فنقصها الصبغ، وهما أجابا في نوع من الثياب يكون السواد فيها زيادة.

[هل يضمن من وصل إليه المغصوب؟]

[١٣٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا ادَّعى "أن هذا الثوب سرق مني" وأقام البينة، وقال صاحب اليد: "وصل إليَّ من فلان الغائب" لم تسقط الخصومة [٣٠ظ] استحسانًا. وقال محمد: تسقط، وهو القياس.[٢]

لهما: أن الظاهر أن الغائب هو السارق، بدلالة أنه لا يد تثبت إلا يده ويد الحاضر، وقد أقام المدعي البينة على السرقة، فلو لم يُحكم بأن الغائب هو السارق احتجنا إلى إثبات يد أخرى لم يشهد بها، وهذا لا يجوز. وإذا ثبت أن الغائب هو السارق فيده ليست يدًا صحيحة؛ لأنها ليست يد ملك ولا ضمان ولا أمانة، فكأن الشيء وصل إلى الحاضر من غير يد، فلا ترفع الخصومة؛ لأن السارق لا يلزمه ضمان، وإنما يلزمه رد

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٤و، ٣١٤ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ١٣٧/١٢، ١٣٨.

العين، فلم يخل الحاضر بالخصومة على من يلزمه ضمان، فلم تسقط الخصومة عن نفسه. **ولا يلزم على هذا** إذا أقر المدعي أنها وصلت إليه من يد الغائب؛ لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه، وقد زعم هذا المدعي أن الخصومة لا تلزم الحاضر؛ وليس كذلك البينة؛ لأنه لا يتعلق بها حكم إلا بالقضاء، والقاضي ينقل الخصومة إلى من يلزمه، ومن لا ضمان عليه لا يلزمه الخصومة. **ولا يلزم على هذا** إذا أقام الحاضر البينة "أنه سرقها من الغائب"؛ لأن كونه سارقًا لا يمنع من صحة يد الغائب، فجاز أن يحيل بالخصومة عليه.

وجه قول محمد: أنه أقام البينة على وصول الشيء إليه من يد الغائب فخرج من أن يكون خصمًا. ولأنا لا نحكم بكون الغائب سارقًا فلا يسقط حكم يده من غير أن يحكم بالسرقة.

[الضمان بالخلط]

[خلط ما لا يضر فصله]

[١٣٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غصب حنطة من رجل وشعيرًا من آخر، فخلطهما: مَلكهما، وكان للمالكين مثلها. وقال أبو يوسف ومحمد: لهما أن يجتمعا على أخذ العين.[١]

لأبي حنيفة: أن الخلط في حكم الاستهلاك، بدلالة أن للمالك المطالبة بالقيمة مع بقاء العين، فلولا أنها في حكم التلف لم يكن له ذلك، وإذا صارت في حكم المتلفة ملكها الغاصب. **لهما**: أن العين باقية بحالها، والخلط نقص فيها، فصار كسائر العيوب.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٥ظ، ٣١٦و.

[خلط ما يضر فصله]

[١٣٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا غصب ساجة وأدخلها في بنائه: ملكها. وقال زفر: له أن يأخذها.

لنا: أن العين المغصوبة صارت تبعًا لملك الغاصب على وجه في إزالته ضرر، فصار كمن غصب خيطًا فخاط به جرح عبده أو شاته. **لزفر**: أن المالك لم يسقط حقه من العين؛ بدلالة أن [٣١و] الغاصب لو سلمها جاز، وإذا لم يسقط حقه عنها جاز له المطالبة بها وإن أضرَّ ذلك بالغاصب، كما لو نقلها إلى بلد آخر.

وكان أبو الحسن يقول: إنه متى بنى على نفس الساجة أمر بردها؛ لأن البناء وقع بغير حق فلم يسقط حق المالك، كمن بنى في دار غيره. فأما مسألة الخلاف فهي موضوعة على أنه بنى في ملك نفسه وجعل الساجة في وسط البناء فالبناء حصل بحق فلا يجوز إتلافه؛ لأجل ملك المغصوب. وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب فضة فجعلها عروة مزادة: سقط حق المالك عنها بالضرر الذي يحصل في إزالتها، وإن كان الخرز يقع في نفس العين المغصوبة، فدلَّ على أن الحكم لا يختلف بما ذكره.[١]

[ضمان جلد الميتة]

[١٣٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غصب جلد ميتة فدبغه بما له قيمة ثم استهلكه لم يضمنه. وقالا: يضمنه قيمته مدبوغًا، وله ما زاد فيه الدباغ. ولو كان دبغه بما لا قيمة له ضمن في قولهم.[٢]

لأبي حنيفة: أن جلد الميتة لا قيمة له، فلا يجوز إثبات ضمانه بالغصب؛ لأنه كان

---

١ انظر: **الأصل**، ٦١/٣.

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٦٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٨ظ، ٣١٩و.

غير مقوم، ولا يجوز إثبات ضمانه بالاستهلاك؛ لأنه إنما صار مقومًا بمال الغاصب، فلم يجز إيجاب الضمان عليه لأجل ماله. ولأنا إذا أسقطنا الذي هو ماله بقي الجلد غير مقوم فلم يضمن. وليس كذلك إذا دبغه بما لا قيمة له؛ لأنا إذا أوجبنا عليه الضمان لم نوجبه لأجل مال الغاصب، فلذلك صح التضمين. **ولا يلزم على هذا** من غصب على مسلم خمرًا فخللها ثم استهلكها؛ لأن التخليل يقع بالملك، وليس ذلك عين مال قائم، فصار كالجلد الذي دبغ بما لا قيمة له.

فإن قيل: فيجب على هذا إذا باع المالك الجلد من الغاصب أنه لا يجوز بيعه لهذه العلة. **قلنا**: كذا نقول. ويجوز أن يفرق بينهما، فيقال: إن الملك بالبيع يقع في الحال ولا يستند إلى حال سابقة، وهو في الحال مقوم. وضمان الغصب يستند إلى حال الغصب، والعين غير مقومة في تلك الحال، وحال ما تقومت تقومت بملك الغاصب، فلم يعتد بذلك للمغصوب منه.

لهما: أن الجلد بالدباغ صار في حكم المذكى فلزمت القيمة باستهلاكه، [٣١ظ] وإن كان للغاصب مال، كمن غصب ثوب غيره ثم استهلكه.

[يغصب الشيء فيتغير صفته عنده]

[١٣٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غصب فضة فضربها لم يسقط حق المالك. وقالا: يسقط.[١]

وجه قوله: أن الاسم لم يزل؛ ألا ترى أنها تسمى فضة بعد الضرب كما كانت تسمى قبله، ويمكن أن يتخذ منها ما كان يتخذ قبل الضرب، ومتى لم يزل الاسم وعامة المنافع لم يزل الملك. وليس كذلك إذا غصب حديدًا فضربه آنية؛ لأن الاسم يزول بالصنعة، فلا يسمى السبك حديدًا على الإطلاق، ولا يتخذ منه ما

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٣و، ٣١٣ظ؛ **التجريد**، ٣٣٦٩/٧.

كان يتخذ من الحديد، وزوال الاسم وعامة المنافع يزيل الملك.

لهما: أن الصنعةَ الحادثةَ بالضرب يُسقط حق المالك كالحديد.

[الغاصب يمنع من تسليم المغصوب بفعله]

[١٣٧.] **مسألة** روى أبو يوسف عن أبي حنيفة في ذمي غصب خمرًا من ذمي، ثم أسلم الغاصب: سقط الضمان، وهو قول أبي يوسف. وروى زفر وعافية[١] ومحمد: أنها ينتقل إلى القيمة، وهو قولهم. ولو أسلم المغصوب منه سقط الضمان في قولهم.

وجه قول أبي يوسف وروايته: أن الغصب أوجب ضمان الخمر، وتعلق المطالبة بها، فلو لم يسقطها بالإسلام لنقلناها إلى القيمة، وملكنا المسلم بها، والغاصب لا يصح أن يتملك الخمر؛ لأجل الإسلام، وصار كإسلام المغصوب منه. ولا يلزم إذا تزوج امرأة على خمر فأسلمت؛ لأن الخمر يسقط بالإسلام، ويبقى عقد النكاح، وهو لا يخلو من عوض عن البضع، فيجب القيمة بدلًا عنه، فلا يملك الزوج بها الخمر.[٢]

ولا يقال: إنه يغير من القيمة[٣] ولا يملك الخمر، كغصب أم الولد؛ **لأن** الضمان وقع موجبًا للتمليك فلا يجوز إيجابه من غير ملك، وضمان أم الولد وقع في الأصل غير موجب للتمليك فلذلك لم يملك به.

وجه الرواية الأخرى: أن المسلم منع من تسليم الخمر إلى مالكها بفعله وهو الإسلام، فصار كأنه استهلكها في الحال؛ ولأن الخمر يجوز أن يضمنها المسلم لحق الذمي مثل الاستهلاك. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الاستهلاك [٣٢و] يوجب القيمة على وجه لا يملك به الخمر، والغصب يجوز أن يوجب قيمة المغصوب ولا يملك بها

---

١ عافية بن يزيد الأودي، من أصحاب أبي حنيفة. **الجواهر المضية**، ١/٣٦٧.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤/٣٦٥.

٣ وصورته في المخطوط:

كأم الولد. وفي مسألتنا الواجب الخمر، والمطالبة تتعلق بها، فلو نقلناها إلى القيمة لاحتجنا أن نملكها؛ ألا ترى أنه لو ضمنها مع الكفر ملكها بما يعطي، والإسلام لا يغير ذلك؛ ألا ترى أن المسلم ممن يجوز أن يملك الخمر. وأما إسلام المغصوب منه فيسقط الخمر؛ لأن المطالبة لا تخلو أن تثبت بالخمر أو بقيمتها، وفي كل واحد من الأمرين تمليك الخمر وتملكها وذلك لا يجوز.

[ضمان العددي]

[١٣٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا استهلك جوزًا أو بيضًا فعليه مثله. وقال زفر: قيمته.

لنا: أن البيض لا يقع فيه تفاوت يعتد به كالمكيل. ولأن المثل أعدل فيه من القيمة. **لزفر**: أنه معدود متفاوت؛ ألا ترى أنه يتفق فيه الصغير والكبير كالرمان والبطيخ.

[غصب الصبي]

[١٣٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا غصب صبيًا حرًا، فقتل نفسه في يده أو ركب دابة فسقط منها: ضمن الغاصب. وقال محمد: لا يضمن. وروى بشر عن محمد عن أبي حنيفة: أن الغاصب ضامن.[١]

لأبي يوسف: أن الصبي يحتاج إلى الحفظ حتى لا يتلف نفسه، ولا يركب الدواب، فإذا ضيع الغاصب حِفظه حتى قتل نفسه صار هذا الضمان مما يختص بمكان دون مكان، فكأن الغاصب أمره بذلك، أو أعطاه سكينًا فوقع عليها، أو دفع عليه حائط. **وجه قول محمد**: أن الحر لا يضمن باليد، وقتله نفسه لا يختص بالإمكان، فلو ضمناه لضمناه باليد، وهذا لا يصح. ولأن الغاصب لو ضمنه إذا قتل نفسه ضمنه إذا جنى على غيره، كالعبد.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥١٢؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٨و، ٣١٨ظ.

[ما يلحق المغصوب في يد الغاصب مما يجب به الضمان]

[١٤٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة في الجارية المغصوبة إذا زنت في يد الغاصب أو سرقت أو حبلت، فأخذها المولى فحبلت عنده، أو قطعت أو ماتت من الولادة: ضمن الغاصب الأكثر من نقصان الزنا ونقصان الضرب، ويضمن في السرقة نصف قيمتها، وفي الولادة قيمتها.[1]

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن نقصان السرقة والزنا والحمل.

وجه قول أبي حنيفة: في الزنا والسرقة: أن ذلك يوجب إزالة يد المولى عنها لإقامة الحد، ومتى زالت [٣٢ظ] يد المولى بسبب كان في يد الغاصب كان من ضمانه، مثل أن يجني في يده، فيأخذها المولى فيدفعها بالجناية. ولأن هذ النقص حصل بسبب كان في يد الغاصب، فكأنها ضربت في يده.

فإن قيل: أرش الضرب ليس بموجب بالزنا، وإنما يكون باعتماد الجلاد، ولهذا لم يضمِّن أبو حنيفة الشهود إذا رجعوا، فكيف ضمنه الغاصب، وليس بموجب سبب كان في يده. **قلنا**: إن يد المولى زالت بسبب كان في يد الغاصب، فكأنها ردت إليه فضربت، فعلى هذا لا فرق بين النقص الموجب بالزنا وبين غيره؛ لأنه لا يكون من ضرب بغير حق، ومتى حصل ذلك في يد الغاصب ضمنه. وليس كذلك الشهود؛ لأنهم لا يضمنون إلا ما أوجبوه بالشهادة، والغاصب يضمن ما حصل بفعل غيره.

وإنما قال: إنه يضمن الأكثر من نقصان الزنا ونقصان الضرب لأنهما تعلقا بسبب واحد، فإذا ضمنه الغاصب مرة لا يضمنه مرة أخرى. ولم يذكر هذا في القطع، لكن

---

١ **شرح مختصر الكرخي**، ٣١١و، ٣١١ظ.

الغالب أن نصف القيمة الواجب بالقطع أكثر من نقصان السرقة. وهذا صحيح على أصل أبي حنيفة في العبد المشترى يقبضه المشتري فيستوفى منه القصاص.

فأما الحبل والتلف حصل بالولادة، وهي موجبة بالحمل؛ لأنه لا بد من الوضع، والحبل كان مضمونًا على الغاصب؛ لأنه عيب حدث في يده، فما حصل بموجبه من التلف من ضمانه، مثل أن يجني فيدفع بالجناية. وليس كذلك الجارية المبيعة إذا كانت حاملًا فولدت في يد المشتري فماتت؛ لأن الحبل لم يكن مضمونًا على البائع؛ بدلالة أنها لو تلفت في يده لم يلزمه ضمان، فلم يضمن التلف الحاصل بموجبه.

تبين الفرق بين المسألتين: أن المشتري لو قبضها مع علمه بالحبل كان به الضمان، وليس كذلك إذا رجم العبد في يد الغاصب فأخذه المولى فمات عنده من الحمى؛ لأن الموت غير موجب بالحمى، لجواز أن يكون وجواز أن لا يكون، والولادة موجبة بالحبل فضمن ما يتولد منها أنه قد برئ بردها إلى المولى، فما استوفي [٣٣و] في يده عيب حادث، فلا يضمنه الغاصب كالموت من الحمى.

[ما يجب برد العبد المغصوب من إباقه]

[١٤١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا رد العبد المغصوب من إباقه، فالجُعل على المولى، وعلى الغاصب نقصان الإباق. وقال محمد: الجعل على الغاصب.

لأبي يوسف: أن الرد يثبت لحق المولى وإلى يده، والجعل قد حصل كالاستئجار من المالك على الرد، فكأنه استأجر من يرده فلا يلزم الغاصب. **لمحمد**: أن الرد يجب على الغاصب، ويلزمه ضمانه، فإذا فعله غيره فقد فعل ما لزمه فعله فكان ضمانه عليه.

[خلط طعام صفته واحدة]

[١٤٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: لو صب رجل كر[1] من طعام على كر لغيره وصفتهما واحدة، كانا شريكين ولم يضمن إن هلكا. وكذلك إن صب قفيزًا على كر، ولو صب كرًا على قفيز ضمن القفيز. وقال الحسن: لا يضمن.[2]

لأبي يوسف: أن الطعام إذا كان على صفة واحدة فخلطه لا يوجب نقصًا فيه، وردُّه ممكن من غير مشقة فلم يضمن. وأما إذا صب كرًا على قفيز فالقليل يصير تابعًا للكثير، ومستهلكًا يُضمن، ومستهلكا فيه. وأما إذا صبَّ قفيزًا على كر فقد صار بائعًا للكثير، إلا أن ذلك بفعل مالكه، فلم يكن له تضمين غيره. ولا يضمن الكر؛ لأنه ليس بتابع ولا مستهلك.

وجه قول الحسن: أن الخلط لما لم يوجب نقصًا استوى القليل والكثير؛ ألا ترى أن في الموضع الذي يوجب الخلط نقصًا لا يستوي القليل والكثير.

[البينة للغاصب أو المغصوب منه]

[١٤٣.] **مسألة** قال في **الأصل** في الغاصب يقيم البينة أنه ردَّ العين، وأقام المغصوب منه البينة أنها تلفت في يد الغاصب بفعله: فالبينة بينة المغصوب منه. وقال في موضع آخر: أرأيت لو أقام البينة على ردها، وأنها تلفت عند المالك، وأقام المالك البينة أنها تلفت عند الغاصب: لم يكن عليه ضمان.

وهذا ليس باختلاف، وإنما هما مسألتان: **أما الأولى**: فلأن الشهود شهدوا بتلفها بفعل الغاصب، وهذا لا ينافي بينة الغاصب على الرد؛ لجواز أن يردها ثم يتلفها في

---

١ قال في **اللسان**: «الكر ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، المكوك صاع ونصف». وقد ذكروا له تقديرات أخرى، انظر: **لسان العرب**، «كرر» | هكذا في المخطوط، ولعله ينبغي أن يكون: كرًا.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣١٦و، ٣١٦ظ.

يد مالكها، وإذا لم يتنافيا وجب الحكم بهما. **والمسألة الأخرى**: لم يشهد شهود [٣٣ظ] المغصوب منه أنها تلفت من فعل الغاصب، وإنما شهدوا بمجرد التلف في يده، فالظاهر أنهم استصحبوا الغصب المتقدم وأثبتوا حكمه إلى حال التلف، وشهود الغاصب عرفوا ردًا حادثًا فكانت شهادتهما أولى.

وقد روى بشر عن أبي يوسف فيمن غصب عبدًا فشهد الشهود أن رب العبد قبضه من الغاصب فمات عنده، وشهد شهود المغصوب منه أن العبد مات عند الغاصب: كان الغاصب ضامنًا لقيمته. وهذا مخالف لرواية **الأصل** فكأنه قال: إن شهود المغصوب منه إذا قالوا: "مات في يد الغاصب" فقد شهدوا بغصب حادث بعد الرد، فيقضى بموجب الشهادتين.

قال محمد في **الإملاء**: إذا أقام المغصوب منه البينة أنه مات في يد الغاصب، وأقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغصوب منه: كانت البينة بينة الغاصب، وهذا موافق لما في **الأصل**.

[استولد جارية غير معروفة، ثم أقر بها لآخر]

[١٤٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا استولد جارية غير معروفة، ثم أقر بها لآخر: صدق عليها، ويضمن للمقر له قيمتها، ولا يضمن عقرها، ولا قيمة أولادها. وقال زفر: يضمن قيمة الأولاد.

لنا: أن المولى مستهلك للملك بالعلوق السابق فلزمته القيمة، ولم يلزمه قيمة الولد؛ لأنه غير مقوم في ذلك الوقت. ولأنا لم نحكم للمقر له بالملك، وإنما ضمنا المقر باعترافه بالإتلاف، وضمان الإتلاف لا يوجب العقر. **لزفر**: أنه قد اعترف بالملك للغير، والوطء في ملك الغير يوجب العقر، وقد أتلف عليه الولد فيضمنه كما يضمن الأم.

[زيادة قيمة المغصوب]

[١٤٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا غصب ثوبًا قيمته عشرة فزادت قيمته حتى صار يساوي خمسة عشر، فطلب صاحبه، فجحده حتى هلك: ضمن قيمته يوم غصبه. وقال زفر: يوم جحده.

لأبي يوسف: أن زيادة السعر غير معتد به فوجب اعتبار حال الغصب. قال أبو يوسف: ألا ترى أن الغاصب يستخدم الجارية [٣٤و] بعد ما زادت فلا يعتد بتلك الزيادة، ولا يصير بالاستخدام مجددًا للغصب؛ لأن الغصب لا يطرأ على الغصب.

وأما زفر فعنده: أن زيادة القيمة معتد بها فضمنها بالجحود، كما يضمن الزيادة المنفصلة.

[غصب الفضة]

[١٤٦.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا استهلك إناء فضة فأجَّله المالك في الضمان: جاز. وقال زفر: لا يجوز.[١]

لنا: أنه مال لا يستحق قبضه في المجلس تنزلًا على وجه التبرع، فجاز تأجيله كالثمن في البيع. **لزفر**: أنه بدل لزمه على وجه الضمان من غير بدل مشروط، كالقرض.

وقد قال **أبو يوسف**: إذا استهلك قُلْبًا[٢] فضمن قيمته من الذهب، وافترقا قبل القبض جاز. وقال **زفر**: لا يجوز. **لأبي يوسف**: أنه ضمان لزم من طريق الحكم لا بعقد كالقرض. **لزفر**: أن الواجب بدل عن القُلب كالبدل في الصرف.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣/٥٧.

٢ هو السوار. انظر: **لسان العرب**، «سور».

[إقرار الرجل على نفسه وغيره بالغصب]

[١٤٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "غصبنا منك ثوبًا" ثم قال: "كنا عشرة" لم يصدق. وقال زفر: يصدق.[١]

لأبي يوسف: أن هذا اللفظ يذكر في العادة للواحد على وجه التعظيم، فوجب حمله على العادة. **لزفر**: أنه فسر كلامه بما يحتمله فصدق فيه.

[الإبراء من الغصب]

[١٤٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب من العين المغصوبة برئ من ضمانها. وقال زفر: لا يبرأ.

لنا: أن حق الضمان تعلق بذمة الغاصب فجازت البراءة منه، كالدين. ولأن هذا الدين مراعى موقوف على الهلاك، والدين الثابت يجوز البراءة منه، فالمراعى أولى. ولأنه إذا أبرأه فقد رضي بإمساكه، فكأنه أذن له في الابتداء. **لزفر**: أن البراءة لا تصح في الأعيان، فوجودها وعدمها سواء.

* * *

١ انظر: **الأصل**، ٨/٤١٠، ٤١١.

كتاب الديات

[مقدار دية شبه العمد]

[١٤٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الدية في شبه العمد أرباعًا: خمسة وعشرون بنت مخاض، وخمسة وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة. [٣٤ظ] وقال محمد: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة في بطونها أولادها.[١]

لهما: قوله عليه السلام: «في النفس مئة من الإبل»[٢] وهذا يفيد زيادة. وروى السائب بن يزيد قال: كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه أربعة أسنان، وذكر على الوجه الذي ذكرنا.[٣] وقد ثبت أن ذلك لا يجب في الخطأ فلم يبق إلا أن يكون في شبه العمد. ولأنه بدل عن النفس فلا يستحق به الحوامل، أو فوجب أن يكون الأسنان فيه متساوية كالخطأ. ولأن الحيوان يثبت له في أصول الشريعة في الديات والزكوات والأضاحي فإذا لم يستحق الحوامل في شيء من ذلك كذلك في الديات.

لمحمد: حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه قال: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مئة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها».[٤]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢١ظ، ٣٢٢و.

٢ **موطأ محمد**، ٢٢٦ (٦٦٣).

٣ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٤٨٦/٢ (٥٥٤)؛ **المعجم الكبير** للطبراني، ١٥٠/٧ (٦٦٦٤).

٤ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٤٨٦/٢ (٥٥٤)؛ **سنن الدارقطني**، ١٠٢/٤ (٣١٧١).

والجواب: أن هذا الحديث قيل: إن النبي صلى الله عليه قاله في حجة الوداع وهو مستند إلى الكعبة، وقد ظهر الخلاف في هذه المسألة في الصحابة. وقال علي رضي الله عنه: «ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون ثنية إلى بازل عامها»،[1] وقال ابن مسعود مثل قولنا وقال زيد: «ثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وأربعون جذعة خلفة»[2] فلو كان هذا الحديث ثابتًا احتج به بعضهم على بعض عند الاختلاف ولرجعوا إليه، فدَّل على أن هذه الزيادة ليست بثابتة، أو عرفوا نسخها.

ولا يجوز أن يقال: إن هذا الخبر متفق على استعماله في شبه العمد؛ **لأنا لا** نمنع أن يتفق عليه دون الزيادة، أو يكون منسوخة.

[ما يكون منه الدية]

[١٥٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: الدية من الإبل والدراهم والدنانير. وقالا: والبقر والغنم والجلد.[3]

وجه قولِه: قولُه صلى الله عليه: «في النفس مئة من الإبل» ظاهره يقتضي أن لا واجب غير ذلك. ولأنه ليس من جنس الأثمان فلا يجبر بينه وبين الأبل في الدية، أصله سائر العروض. ولأن القياس [٣٥و] يقتضي أن لا يجوز غير الأثمان؛ لأنه بدل عن متلف كسائر المتلفات قامت الدلالة في الإبل فضمت إلى الأثمان، وما سواها على القياس.

لهما: ما روي أن عمر رضي الله عنه «قضى على أهل البقر بمائتي بقرة وعلى أهل الغنم بألفي شاة وعلى أهل الحلل بمائتي حلة»[4] وهذا بحضرة الصحابة من غير

---

١ **الآثار** لأبي يوسف، ٢١٨ (٩٦٤)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٨٦/٤ (٤٥٥١).

٢ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٣٨/١٤ (٢٧٢٩٦)؛ **سنن أبي داود**، ١٨٧/٤ (٤٥٥٤).

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢١ظ.

٤ **الآثار** لأبي يوسف، ٢٢١ (٩٨٠)؛ **سنن أبي داود**، ١٨٤/٤ (٤٥٤٢).

خلاف. ولأن الدية موضوعة على التخفيف، واتساع[١] أنواعها أقرب إلى التخفيف فكان أولى.

[الأصل في الديات]

[١٥١.] **مسألة** كان أبو بكر الرازي يقول: «الأصل في الديات الإبل، وغيرها قيمة لها». وذكر ابن شجاع مثل ذلك. ثم قال أبو بكر بعد ذلك: «إن كل واحد من الأنواع أصل في نفسه».

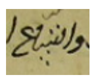
وجه القول الأول: ما روى الزهري: أن الدية كانت مئة من الإبل، أو قيمتها أربعة آلاف، فقلَّت الإبل ورخص الورق حتى صارت عشرة ألف. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن عمر بن الخطاب قضى على أهل القرى مئة من الإبل أو قيمة ذلك.[٢] ولأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا، وإنما يثبت هو أو قيمته، بدلالة النكاح.

وجه القول الثاني: أن الدراهم لو كانت قيمة لم يجز ثبوتها مؤجلة؛ لأن ذلك يصير دينًا بدين. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الإبل لما لم يستقر وجوبها صار الثابت كأنه أحد الأمرين، فإذا قضى به كأنه وجب بالسبب السابق.

[ما تجب فيه الدية على قدر ما في البدن]

[١٥٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قطع يد رجل من نصف الساعد كان عليه نصف الدية في الأصابع والكف، وحكومة في الساعد، وهو رواية محمد عن أبي يوسف. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن عليه نصف الدية ولا شيء في الساعد.[٣]

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ **مصنف عبد الرزاق**، ٢٩٥/٩ (١٧٢٧٠).

٣ انظر: **الأصل**، ٥٥٤/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٢ظ، ٣٢٣و.

لهما: أن نصف الدية يجب في الأصابع بدلالة أنه لو أفردها بالقطع وجب فيها نصف الدية ولو قطع الكف والأصابع لها وجبت حكومة، وإنما يدخل أرش الأصابع على طريق التبع فلا يخلو إما أن يكون الذراع تبعا للأصابع أو للكف، ولا يجوز أن يتبع الأصابع لأنه لا يتوصل بها، ولا يجوز أن يتبع الكف لأن التبع لا يثبت له تبع.

لأبي يوسف: [٣٥ظ] قوله عليه السلام: «في اليد نصف الدية».[١] والاسم عبارة عن الجميع. ولأن الأصابع لها أرش مقدَّر، ومتصل بها ما ليس له أرش مقدَّر فيتبعها في الأرش كالكف؛ ألا ترى أنه لو قطع بعضه مع الأصابع كان تبعًا، ووجب في نفسه حكومة عدل، فإذا قطع جميعه جاز تبعًا، كذلك الكف والساعد.

[ما يجب فيه الحكومة وليس له أرش]

[دية السن إذا تغير لونه]

[١٥٣.] **مسألة** روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة فيمن ضرب سن صبي حر فاصفرَّت: أنه لا شيء فيه، ولو كان عبدًا وجب فيه حكومة. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن فيها حكومة وهو قولهما، وهو الصحيح.[٢]

وجه الرواية الأولى: أن الصفرة قد تكون صفة السن في أصل الخلقة ولا يعد ذلك عيبًا، وكذلك إذا صار بمعنىً حادث. وليس كذلك العبد؛ لأن ذلك يعد عيبًا فيه يوجب نقصان قيمته.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: إن اصفرَّ صفرة شديدة حتى صارت كالخضرة فإن فيها حكومة. **وهو صحيح**؛ لأن ذلك ليس بصفة لها في أصل الخلقة.

---

١ **مسند أحمد**، ٦٦٢/١١ (٧٠٩١). وروي موقوفًا عن علي رضي الله عنه وغيره. انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٨٠/١٤ (٢٧٤٩٣).

٢ انظر: **الأصل**، ٥٥٩/٦؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٥/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٢ظ، ٣٢٣و.

وجه الرواية الأخرى: أن صفرة السن يوجب فوات الزينة، وهذا المعنى مقصود في الأحرار أكثر مما يقصد في العبيد؛ ألا ترى أن في لحية الحر الدية وفي لحية العبد حكومة، فإذا أوجب في سن العبد النقصان فالحر أولى.

وقد قال أبو يوسف فيمن ضرب سن حر فاصفرت: إن عليه حكومة إلا أن تكون صفرة شديدة شبه الخضرة، فيكون فيها الأرش كاملًا. وقال زفر: يجب كمال الأرش.

لأبي يوسف: أن المقصود بالسن المنفعة، والصفرة لا تبطل المنفعة المقصودة فلم يجز إيجاب كمال الأرش، وليس كذلك إذا اسودَّت أو اخضرَّت؛ لأن ذلك يبطل منفعتها؛ ألا ترى أنها تتناثر في العادة وتذهب. **لزفر**: أن السن يظهر في العادة، ويقصد فيها الجمال، فإذا فات وجب الأرش، كالمارن.

[دية قلع السن]

[١٥٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قلع سن صبي لم يُثْغر[١] فلا شيء عليه. وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل.[٢] [٣٦و]

لهما: أن سن الصبي معرضة للسقوط، فإذا سقطت بنفسها فلم تفت منفعة ولا جمال، كذلك إذا أتلفها لم تفت منفعة ولا جمال، فلم يلزمه شيء. ولأن سن الصبي يعود في العادة، فصار كمن قلع سن بالغ فعادت.[٣] **لأبي يوسف**: أنه وإن عادت فقد حصل هناك ألم بفعله، فيجب تقويمه.

١ وفي هامش الأصل: ثُغِر الصبيُّ فهو مثغور إذا سقطت رواضعه، ومنه لا شيء في سن صبي لم يثغر أي: لم يسقط سِنّه. كذا في **المغرب**.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٥٩/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٤و.

٣ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٨/٦؛ **التجريد**، ٥٦٦١/١١.

[دية الشج إذا برأ]

[١٥٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شج رجلًا، فالتحمت، وعاد الشعر فلا شيء عليه. وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل. وقال محمد: أجرة الطبيب.[١]

لأبي حنيفة: أن الضمان في الشجة يجب للشين الذي يحصل بزوال الشعر، فمتى عاد عاد على ما كان عليه فلم يوجد هذا المعنى، فلم يجز إيجاب الأرش. ولأنه متى عاد الشعر لم يبق إلا مجرد الألم، وهذا المعنى لا يوجب الضمان كمن لطم رجلًا. **لأبي يوسف**: أن الأجزاء وإن عادت فالألم باقٍ فوجب تقويم ذلك. **لمحمد**: أن الذي ألزمه أجرة الطبيب بفعله، فصار كأنه أخذ ذلك القدر من ماله فأتلفه.

[ما يدخل من الشجاج بعضه في بعض]

[١٥٦.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن شج رجلًا موضحة،[٢] فالتحمت، فشجه آخر عليها موضحة، فعلى الأول أرش الموضحة وعلى الثاني حكومة، ولا قصاص. وقال أبو يوسف: أقتص منهما. وقال الحسن: على الأول حكومة وعلى الثاني القصاص.[٣]

أما أبو حنيفة فيقول: إن الأجزاء التي عادت في حكم التي كانت؛ ولهذا يسقط الأرش فلم يجز إيجاب القصاص على اثنين في إتلاف جزء واحد، وإذا لم يجب القصاص عليهما وليس أحدهما أولى من الآخر لم يجب على أحدهما. وأما الأرش فلأن الأول جنى على عضو صحيح، والثاني جنى عليه وقد نقص بالشين الذي حصل فيه، فصار فعل الثاني واقعًا في معيبٍ، كقطع اليد الشلاء.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٤و.

٢ وهي الشجة تصل إلى العظام. انظر: **العين**، «وضح».

٣ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١١/٦؛ **الأسرار**، ٥٤٢ظ.

وأما أبو يوسف فقال: كل واحد منهما استوفى أجزاء سليمة لا نقص فيها فصار كالشجتين في موضعين، وهذا لا بد أن يكون محمولًا على أنها التحمت وعاد الشعر.

وأما الحسن فيقول: جناية الأول زال حكمها بالتحامها فيجب فيها حكومته، ثم جناية [٣٦ظ] الثاني حصلت في عضو صحيح فيجب عليه القصاص.

[دية الشعر إذا تغير]

[١٥٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حلق رأس حر فنبت شعره أبيض لم يلزمه شيء، وإن كان عبدًا ففيه حكومة. وقال أبو يوسف: حكومة عدل فيهما.[١]

لأبي حنيفة: أن المقصود بالشعر الزينة فلم يلزمه الضمان، وليس كذلك العبد؛ لأن الشيب فيه عيب في العادة فلذلك لزمه الضمان. **لأبي يوسف**: أن البياض عيب في الشعر، فصار كما لو نبت متفرقًا.

[ما يدخل من الشجاج بعضه في بعض]

[١٥٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أوضحه فذهب شعره دخل أرش الموضحة في أرش الشعر، ولو ذهب بعضه ينظر في أرش الموضحة وأرش الشعر فدخل الأقل في الأكثر. وقال زفر: لا يدخل أرش الموضحة في الشعر.[٢]

لنا: أن ضمان الموضحة يجب بفوات الشعر؛ بدلالة أنها لو التحمت ونبت الشعر سقط الضمان، فضمان الموضحة والشعر يجبان لمعنى واحد، فلو لم يدخل أحدهما في الآخر ضمن الشعر من وجه واحد مرتين، وهذا لا يصح. **لزفر**: أن كل واحد منهما ضمان ما دون النفس وله أرش مقدر فلا يدخل بعضه في بعض كالتدين.

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٤ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٥و، ٣٢٥ظ.

وأما إذا أوضحه فذهب عقله دخل أرش الموضحة في دية العقل. وقال الحسن: لا يدخل. **لنا**: أن فوات العقل يبطل منفعة عامة الأعضاء، فصار كفوات الروح. **وجه قول الحسن**: أنهما ضمانان فيما دون النفس تعلقا بشيئين مختلفين فلم يدخل أحدهما في الآخر، كالموضحة والسمع. وليس كذلك الشعر والموضحة؛ لأنهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال بذهاب الشعر.

وأما إذا أوضحه فذهب بسمعه أو بصره لم يدخل أرش الموضحة في الدية عند أبي حنيفة ومحمد، وهو رواية بشر عن أبي يوسف في **الإملاء**. وروى الحسن عنه: أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام، ولا يدخل في دية البصر.

لهما: أن الشجة والسمع كل واحد منهما دون النفس، ومنفعته تختص به فلا يدخل بعضه في بعض، كالأعضاء المختلفة. وليس كذلك العقل؛ لأن منفعته لا تختص به، وإنما يعود [٣٧و] إلى جميع الأعضاء، فصار كالروح.

لأبي يوسف: أن السمع والكلام كل واحد منهما باطن، فيدخل أرش الموضحة في ديته كالعقل. وليس كذلك البصر؛ لأنه ظاهر فلا يدخل فيه أرش الموضحة كاليد والرجل. وهذا الذي قاله يبطل بالشعر؛ لأنه ظاهر وإن دخل أرش الموضحة فيه. وقد روي عن أبي يوسف: أن أرش الموضحة يدخل في أرش الحاجب؛ لأن ضمان الحاجب يجب لفوات الجمال، وهذا المعنى هو الذي يتعلق به الضمان في الموضحة، فجريا مجرى واحدًا.

[الكف يقطع وفيها بعض الأصابع]

[١٥٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قطع يد رجل وفيها أصبع واحدة فعليه دية الأصبع، ويدخل الكف على طريق التبع. وقالا: ينظر إلى أرش الكف وأرش الأصبع، فيدخل الأقل في الأكثر.[١]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٥ظ، ٣٢٦و.

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا بقي شيء له أرش معلوم دخل الكف فيه. وهذا يقتضي إذا بقي مفصل من أصبع أن يجب فيه ثلث دية الأصبع ويدخل الكف فيه. وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف: إذا بقي نصف الإبهام اعتبر الأقل منه ومن الألف. وروي عنه: إذا بقي من الكف أصبع وجب أرشها، وتبعها ما يليها من الكف، ووجب فيما يلي الأصابع الأربعة من الكف حكومة لا يبلغ بها دية أصبع، فإن قطع الكف وفيها ثلاثة أصبع فعليه ثلاثة أخماس دية اليد، ولا شيء عليه في الكف. وقال زفر: يجب عليه أرش الأصبع وحكومة فيما يلي الأربع أصابع من الكف. وذكر ابن شجاع عنه: أنه إن بقي من الكف ثلاثة أصابع دخل الكف فيها.

لأبي حنيفة: أن الأصبع لها أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، فيتبع ما ليس بمقدر المقدر، أصله الكف والأصابع. **لهما**: أن الأقل يتبع الأكثر والأكثر لا يتبع الأقل، فوجب أن يلزمه الأكثر، ويدخل الأقل على طريق التبع.

وجه ما روي عن أبي يوسف: أن الأصبع يتبعها ما يليها من الكف، وما بقي لا متبوع له فاعتبر حكمه بنفسه. وليس كذلك إذا بقي ثلاثة أصابع؛ لأنها الأكثر [٣٧ظ] فبقاؤها كبقاء الجميع.

[دية الجنين]

[١٦٠.] **مسألة** قال في **الأصل**: في جنين الأمة نصف عشر قيمته إن كان أنثى. وروى الحسن عن أبي يوسف في جنين الأمة إن انفصل ميتًا: لم يجب فيه شيء، وهو قول الحسن، وإن انفصل حيًّا فمات ففيه قيمته حالَّة. وروى محمد عن أبي يوسف في جنين الأمة: ما نقص الأمة.[1]

---

[1] انظر: **الأصل**، ٥/١٣٤؛ **نوادر المعلى**، ١٢١و؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٦/٢٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٦و، ٣٢٦ظ.

وهذه المسألة فرع على اختلافهم أن ضمان العبد بالجناية، هل يعتبر بضمان الأموال أم لا؟

فعند أبي حنيفة: أن ضمانه ضمان الجنايات، وهذا المعنى لا يزاد على الدية، وتتحمل العاقلة، ويجب فيه القصاص، فصار جنينها كجنين الحرة، فيضمن وإن انفصل ميتًا. **وعلى أصل أبي يوسف**: أن ضمانه ضمان الأموال. ومن ضرب شاة فألقت جنينًا ميتًا لم يجب فيه إلا نقصان الأم، كذلك هذا.

[دية الحاجب وأشفار العين والشفة]

[١٦١.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر في حاجب العبد وأشفار عينيه أو شفته: أنه مقدر من قيمته، فيجب في الحاجب الواحد نصف القيمة. وروى محمد عنه: أن فيه ما نقص، وهو قوله الأخير. وقال أبو يوسف ومحمد: ما دون النفس من العبيد لا يتقدر.[١]

وجه رواية الحسن: أن القيمة في العبد كالدية في الحر، ومعلوم أن هذه الجنايات معتبرة من دية الحر كذلك من قيمة العبد.

وجه رواية محمد: أن ما دون النفس من العبد له شبه بضمان الأموال؛ بدلالة سقوط القصاص فيه وإن كان عمدًا، وله شبه بضمان الجنايات، فوجب أن يلحق بالأصلين، فقلنا: كل ما يقصد به المنفعة يتقدر وما يقصد به الزينة لا يتقدر. ولأن حكم الأحرار فيما يعود إلى الزينة مخالف لحكم العبيد؛ ألا ترى أن اللحية جمال للحر، وليست من جمال العبد؛ فلذلك لم يتقدر فيما يقصد به الجمال.

لهما: أن ما دون النفس من العبيد ضمانه ضمان الأموال من جميع الجهات؛ بدلالة أن القصاص لا يجب فيه بحال، وضمان الأموال لا يتقدر.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٢ظ، ٣٢٣و.

[دية قتل العبد]

[١٦٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل عبدا قيمته عشرة آلاف فصاعدًا ففيه عشرة ألف إلا عشرة. [٣٨و] وقال أبو يوسف: يجب القيمة بالغة ما بلغت.[١]

لهما: أنه ضمان نفس آدمي بالقتل، فلا يزاد على الدية، أصله الحر. ولأن الأسباب الموجبة لزيادة القيمة معلومة، وما فيها إلا ما يوجد مثله في الأحرار وزيادة الحرية، فإذا لم يوجب ذلك زيادة بدل الحر على الدية، فالعبد أولى.

لأبي يوسف: أن العبد مال فلزمه قيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال. ولأنه سبب لضمان قيمته كالغصب، وإذا ثبت أنه لا يزاد على الدية ثبت أنه ينقص؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما، وإنما قدر النقصان بعشرة؛ لأن ذلك قول ابن مسعود، والمقادير لا تعلم قياسًا فيحمل على أنه قاله توقيفًا.

[القتل بما ليس بسلاح]

[١٦٣.] **مسالة** قال أبو حنيفة: إذا قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء لم يجب عليه قصاص. وقالا: إذا قتل بما يقتل مثله غالبًا وجب فيه القصاص.

لأبي حنيفة: قوله عليه السلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مئة من الإبل»[٢] وهذا عام في العصا الصغير والكبير. وقوله عليه السلام: «كل شيء خطأ إلا السيف».[٣] ولأنه ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء، كالسوط الصغير. ولأنها آلة يستوفى بها التعزير كالسوط.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥١٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٦ظ، ٣٢٧و.

٢ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٤٨٦/٢ (٥٥٤)؛ **سنن الدارقطني**، ١٠٠/٤ (٣١٦٨).

٣ **مصنف عبد الرزاق**، ٢٧٣/٩ (١٧١٨٢)؛ **مسند أحمد**، ٣٧٤/٣٠ (١٨٤٢٣).

لهما: ما روي أن يهوديًا رضخ رأس جارية بين حجرين، فأمر النبي صلى الله عليه أن يرضخ رأسه.[١] ولأنها آلة تقتل غالبًا كالسيف.

[الشجاج]

[١٦٤.] **مسألة** قال في **الأصل**: المتلاحمة ما بين الباضعة والسِّمْحاق. وروي عن محمد أنه قال: المتلاحمة التي اجتمع فيها الدم واسودَّ موضعها. وهذا يقتضي أن تكون مثل الباضعة.[٢]

وجملة هذا أن الشجاج: أولها: **الخارصة**: وهي التي تشق الجلد. **ثم الدامعة**: وهي التي يخرج منها ماء كالدمع. **ثم الدامية**: وهي التي يخرج منها الدم. **ثم الباضعة**: وهي التي تقطع اللحم. **ثم المتلاحمة**: وهي التي تذهب باللحم. **ثم السِّمْحاق**: وهي التي يبقى بينها وبين العظم جلدة رقيقة. **ثم الموضحة**: وهي التي توضح العظم.[٣]

ولم يذكر محمد الخارصة والدامعة؛ لأنه لا يبقى لها [٣٨ظ] أثر في الغالب، والشجة إذا لم يبق لها أثر لم يتعلق بها حكم. وقد ذكر أهل اللغة المتلاحمة في جملة الشجاج. وما ذكره محمد من اجتماع الدم ليس بشجة، فلم يجز ذكره مع الشجاج.

وجه ما قاله محمد: أن المتلاحمة مأخوذ من اجتماع الدم، كما يقال: "التحم الجيشان"، وما سال منه الدم فلم يجتمع فوجب حمله على ما اجتمع واسود. وهذا الخلاف لا يعود إلى معنى؛ لأن الشجة كما زادت كان أكثر كما يجب فيها، وهذا هو المقصود، والتسمية لا معتبر بها.

---

١ **صحيح البخاري**، ٥١/٧ (٥٢٩٥)؛ **سنن ابن ماجه**، ٥٨/٣ (٢٦٦٥).

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٣و، ٣٢٣ظ.

٣ وقد ذكر الشيخ في شرحه على **المختصر** زيادة على المذكور هنا: الهاشمة، والمنقلة، والآمة، والدامغة. وإجمال عددها أحد عشر.

[ما يكون فيه القصاص من الشجاج]

[١٦٥.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا قصاص فيما دون الموضحة. وروي عنه أنه قال: لا قصاص إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن. وقال محمد في **الأصل**: «وفي السمحاق والباضعة والدامية والموضحة القصاص».[1]

وجه رواية الحسن: أن القصاص فيما دون النفس تعتبر المماثلة، وهذا المعنى لا يمكن فيما دون الموضحة؛ ألا ترى أنه ليس هناك حد ينتهي بالسكين إليه. وأما الموضحة فإنه ينتهي بالسكين إلى العظم فيستوفى المماثلة، فلذلك وجب القصاص. وقد قالوا: إن القصاص لا يجب في العظم للمعنى الذي ذكرناه، وهو عدم المماثلة.

وجه ما ذكره في الأصل: أن الشجة ظاهرٌ يمكن استيفاء المماثلة فيها؛ ألا ترى أنه يستزيد مقدار الجراحة وينتهي بالسكين إلى ذلك القدر، فصار كسائر الأعضاء.

* * *

١ انظر: **الأصل**، ٥٨١/٦، ٥٥٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٣ظ.

[كتاب الجنايات]

[باب القصاص][١]

[القصاص في السراية]

[١٦٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قطع أصبع رجل فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في الثانية. وروى ابن سماعة عن محمد: أن فيها القصاص.[٢]

لهما: أن قطع الأولى صار سببًا في إتلاف الثانية لا على طريق السراية؛ بدلالة أن السراية لا تثبت في عضو إلى عضو، وإنما تثبت من جزء إلى جملة، وما تلف بسبب فلا قصاص فيه، كحفر البئر. وليس كذلك إذا سرت إلى النفس؛ لأن هذا تلف بالسراية، لأن الألم يتصل بالقلب فيحدث الموت منه، فصار كالجناية نفسها، [٣٩و] فيثبت القصاص، وإما عضو آخر فلا يوجد فيه هذا المعنى فلا يجب فيه قصاص، وصار كقطع أحد الأصبعين عمدًا إذا نفذت السكين خطأً فقطعت الأخرى.

وجه قول محمد: أن قطع الأولى إذا حصل على طريق العمد فما تولد منه وهو متعمد به في وجوب القصاص، أصله إذا سرت إلى النفس.

---

١ والأصل أن المسائل من هذا الموضع داخلة في كتاب الجنايات، على وفق ما هو ترتيب **شرحه على مختصر الكرخي**، غير أنه ذكر في نهاية كتاب الجنايات أن مسائل الكتاب مذكورة في الديات، فأدخل جميع ذلك في الديات. انظر المسألة رقم: ٢٩٥ ، وقد عنونت هنا بكتاب الجنايات ليسهل المراجعة، وللبيان.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٦٠/٦.

وأما الأصبع الأولى فلا قصاص فيه عند أبي حنيفة. وقالا: يجب فيها القصاص.

وجه قول أبي حنيفة: إن الجناية وما يحدث منها في حكم الجناية الواحدة، ألا ترى أنها لو كانت عمدًا فسرايتها مثلها، وإن كانت خطأ فكذلك. ولو أذن فيها سقط حكم ما يؤول إليه، وصار كالمأذون فيه، وقد ثبت أن ما آلت إليه موجبه المال فلم يجز إيجاب القصاص فيها؛ لأن الجناية الواحدة لا توجب الأمرين. ولأن تلف الأصبع الثانية لما كان سراية القطع الأول، والجناية إذا تعلق سرايتها بالمال توجب القصاص كالخطأ. **ولا يلزم على هذا** إذا رمى إلى شخص فأصاب شخصا آخر؛ **لأن** إصابة الثاني ليس بسراية، بدلالة أن السراية لا يكون من نفس إلى نفس، فصارت جناية أخرى، فجاز أن ينفرد حكمها عن الأولى في باب القصاص. **يبين ذلك**: أن الرمي إلى الأولى لو كان مأذونًا فيه لم يسقط ضمان الثاني، فدل على أنهما جنايتان. ولا يلزم على هذا إذا قطع أصبع رجل عمدا فنفذ السكين إلى الأخرى خطأ؛ لأنهما جنايتان، بدلالة أن الإذن في الأولى لا يسقط الضمان في الأخرى.

وجه قولهما: أن القصاص قد تعلق بالأولى، بدلالة أن الجنايات لو وقفت وجب القصاص، فلم يسقط حكم القصاص بالجناية الثانية، أصله: من رمى إلى رجل فنفذ السهم منه إلى آخر، ومن قطع أصبع رجل عمدًا فنزلت السكين إلى الأخرى، ومن جرح امرأة فماتت ومات حملها.

وقال في **الجامع الصغير** فيمن شج رجلًا موضحة عمدًا فذهب منها بصره: إنه لا قصاص [٣٩ظ] عليه في الموضحة عند أبي حنيفة. وقالا: في الموضحة القصاص وفي البصر الدية.[١] وهذا على ما قدمنا أن الشعر لما ذهب بالموضحة وسقط القصاص فيه لم يجز إيجابه في الموضحة. وعلى قولهما: أن الموضحة تعلق بها القصاص فلا يسقط حكم سرايتها.

---

١ **الجامع الصغير**، ٥٠٤.

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة فيمن ضرب سن رجل عمدًا فكسر بعضها، وحرك ما بقي: بأنه يؤجل سنة، فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص عليه. وقال أبو يوسف: إن سقطت ففيه القصاص.

وهذا على ما قدمنا، لأن ذهاب بقية السن لا يكون من طريق السراية؛ لأن السراية تكون إلى السن بانتقال الألم بالقلب، والسن لا يؤلم، وإنما كسر بعضها يصير سببًا في تلف بقيتها، فلا يجب القصاص فيما تلف بالسبب فسقط في الجملة. **وعلى قول أبي يوسف**: أن السن إنما يستأنى بها ليعلم ما يؤول إليه، فإذا سقطت صار كأن الضرب أوجب ذلك في الابتداء.

[القصاص في اللسان]

[١٦٧.] **مسألة** قال في **الأصل**: لا قصاص في اللسان إن قُطع شيء منه أو قُطع من أصله. وروى بشر عن أبي يوسف أنه قال: إن قُطع كله ففيه القصاص.[1]

وجه ما ذكره في الأصل: أن القصاص لا يمكن استيفاؤه في اللسان؛ ألا ترى أنه يطول ويقصر بحسب المد، فإذا لم يستوف المماثلة لم يثبت القصاص؛ ولهذا المعنى قالوا: لا يجب القصاص في الذَّكَر. ولو قطع من الحشفة وجب القصاص؛ لأنه يمكن استيفاء المماثلة من غير تفاوت.

وجه قول أبي يوسف: أن القصاص يمكن استيفاؤه متى قُطع كله، فصار كسائر الأعضاء. وأما إذا قطع بعضه اختلف بحسب المد فلم يمكن استيفاء المماثلة، فسقط القصاص.

---

١ انظر: **الأصل**، ٦/٥٤٨، ٥٥١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٢٢ظ.

[تعدد الجنايات فيما دون النفس]

[١٦٨.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قطع الأنملة من السبابة عمدًا، ثم قطع بعد ذلك المفصل التالي منها: فعليه القصاص في الأولى والأرش في الثاني. [٤٠و] ولم يفصل بين أن يكون قطع الثاني قبل البرء أو بعده. وقالا: إذا قطع الثاني قبل برء الأول ففيها القصاص، وإن قطعه بعد البرء فلا قصاص في الثاني.

لأبي حنيفة: أنه قَطع الثاني وهو ناقص بفوات الأول، وهذا المفصل في حال القطع كامل من القاطع؛ لأن أنملته باقية، والقصاص لا يجب بين الكامل والناقص، أصله الشلاء والصحيحة. ولا يجوز أن يجعل وجوب القصاص في أنملة القاطع كالمستوفي؛ لأنه لو كان كذلك لوجب إذا قطعها قاطع لا يجب عليه القصاص، وفي علمنا بوجوب القصاص دلالة على أن ذلك لا يمنع كمالها.

لهما: أن الثانية إذا قطعت قبل البرء فكأنهما قطعا معا؛ لأن حكم الجناية موقوف على البرء، ولو قطعا معًا وجب القصاص، كذلك هذا.

[تعدد الجنايات مع إتلاف النفس]

[١٦٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قطع يد رجل ثم قتله فللمولى أن يقطع يده ثم يقتله. وقالا: ليس له إلا القتل.[١]

لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة، ١٩٤/٢]. ولأنه أوقع في المقتول فعلين فجاز استيفاء القصاص فيهما، **أصله**: إذا برأت اليد ثم قتله. وليس كذلك إذا قطع يده فسرت إلى النفس؛ لأنا لو قطعنا يده جاز أن لا يموت فنحتاج إلى نقتله فنستوفي فعلين، وهو لم يستوف إلا أحدهما.

---

١ انظر: **الأصل**، ٦٠٣/٦؛ **الجامع الصغير**، ٤٩٩، ٥٠٠.

ولا يقال: لما لم يجب عليه إلا دية واحدة وسقط ما دون النفس، فكذلك القصاص. **وذلك**: لأنا لو أوجبنا في اليد نصف الدية، ثم أوجبنا الدية لقوَّمنا الشيء الواحد مرتين، فلذلك أسقطنا ما دون النفس، وهذا لا يوجد في القصاص. ولهذا قلنا: لو قتل جماعة رجلًا واحدًا عمدًا وجب على كل واحد القصاص، ولو قتلوه خطأ لم يجب إلا دية واحدة، حتى لا يتقوم الشيء الواحد بأكثر من قيمة واحدة.

لهما: أن ما دون النفس سقط حكمه مع النفس، فصار كالشيء الواحد. **أصله**: الخطأ. ولأن القصاص يؤثر فيه الشبه ما لا يؤثر في المال، وإذا لم يجز اعتبار كل واحد منهما في الأرش فالقصاص أولى.

وحكي عن أبي الحسين[١] أنه قال: قطع اليد لا يثبت على طريق القصاص، وإنما يثبت على طريق العقوبة؛ بدلالة أن للقاضي أن يقول للمولى: "لا تقطع يده واقتله" ولو كان قصاصًا [٤٠ظ] لم يجز له أن يشفع فيه. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن القاضي لا يشفع، ولكن يقول ذلك على طريق بيان الأولى، كما يجوز أن يقول لمن وجب له القصاص: "الأولى لك أخذ الدية" لا على طريق الشفاعة.

[دية قطع الأصبع الزائدة]

[١٧٠.] **مسألة** روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رجل قطع من يد رجل أصبعًا زائدة، وفي يد القاطع أصبع زائدة: لم يكن بينهما قصاص. وكذلك المقطوع اليدين قطع أحدهما ساعد صاحبه من المرفق. وكذلك روى الحسن عن أبي حنيفة في الأقطعين والأشلين، سواء كان القاطع أقلهما شللًا أو أكثر. قال الحسن: وهو قول أبي يوسف. وقال بشر عن أبي يوسف: إن كانا سواء اقتصصت. وقال زفر:

---

١ هكذا في الأصل، ولعله أبو الحسن أي: الكرخي.

إن كانا سواء اقتصصت، وإن كان القاطع أشدهما شللًا فالمقطوع بالخيار، وإن كان المقطوع أشدهما شللًا فلا قصاص.[١]

لأبي حنيفة: أن القطع والشلل يوهن اليد فلا يعلم المساواة بين العضوين إلا من طريق الاجتهاد، فلا يجب به قصاص، كيد العبدين. فأما الأصبع الزائدة فإنها ناقصة القوة عن الأصابع الأصلية، وقد تفاضل النقصان فيها فلم يعلم المساواة أيضًا إلا باجتهاد. **وجه قول زفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف**: أن النقص قد يعلم فيما بين اليدين الناقصتين؛ ألا ترى أنها تقوَّم لإيجاب الأرش، فكذلك تُقوَّم ليعلم المساواة.

[حكم القصاص إذا عفى أحدهما]

[١٧١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قطع يميني رجلين، فقضى لهما بالقصاص والدية، ثم عفا أحدهما، فإن كان الآخر قبض حقه من الدية أو أخذ به رهنًا فلا قصاص له، وله دية يد كاملة، وإن كان لم يأخذ رهنًا ولا قبض أرشًا فله القصاص، وكذلك إذا أخذ كفيلًا. وقال محمد: إذا قضى القاضي بالأرش فعفى أحدهما فلا قصاص للآخر.

لهما: أن القصاص يثبت لكل واحد منهما في جميع اليد؛ بدلالة أن أحدهما لو عفا ابتداء كان للآخر القصاص، فحكم الحاكم بالأرش لا يسقط حق أحدهما عما ثبت فيه؛ لاستحالة أن يسقط الحق أو يتأخر استيفاء العوض، فيكون ذلك إضرارا بصاحب الحق. ولأن القاضي إنما قضى بالأرش لتضايق حقهما في القصاص، وهذا المعنى مراعى إلى حال [٤١و] الاستيفاء؛ لجواز أن يعفو أحدهما، فصار الاستيفاء مراعى، فإذا أسقط أحدهما حقه زال المعنى الموجب للتضايق، فعاد حق الآخر بكماله. ولهذا المعنى قلنا: إن القياس يقتضي أن يثبت له القصاص فيه، قبض الأرش أو أخذ به رهنًا؛

---

١ انظر: **الأصل**، ٦/٦٠١.

لأن التضايق قد زال مع بقاء المراعاة. وإنما استحسنوا لأنه يملك العوض بالقبض، فلم يجز أن يبقى ملكه في المعوض الذي يصح نقل الحق عنه.

لمحمد: أن حق كل واحد منهما لما ثبت في الجميع كان حكم الحاكم لهما إسقاط لحق كل واحد منهما عن بعض ما ثبت له، **أصله**: الشفيعان إذا قضي بالشفعة بينهما فأسقط أحدهما حقه، والمشتريان من كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشترى فقضى القاضي بالشيء بينهما، ثم اختار أحدهما الفسخ لم يكن للآخر أخذ الجميع. **وهذا الذي قاله ليس بصحيح**؛ لأن حكم الحاكم بالشفعة بينهما ليس بإسقاط لحقهما إلى عوض، حتى يقف صحة الإسقاط على سلامة العوض، فلذلك سقط الحق لحكمه. وفي مسألتنا ينتقل الحق إلى العوض، فما لم يحصل العوض لم يسقط الحق عن الأصل.

[الشجة ما بين قرني المشجوج]

[١٧٢.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا كانت الشجة تستغرق ما بين قرني المشجوج، ولا تستغرق ما بين قرني الشاج: فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتصَّ بقدرها مما بين قرني الشاج، وإن شاء أخذ الأرش. وإن كانت الشجة تستوفي ما بين قرني الشاج وتزيد: فالمشجوج بالخيار إن شاء أخذ ما بين قرني الشاج من غير زيادة، وإن شاء أخذ الأرش.[١]

وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الرازي أنه قال: إذا أخذت الشجة ما بين قرني المشجوج فله أن يستوفي ما بين قرني الشاج وإن كانت أوسع أو أضيق؛ لأنه صفة في العضو، فيصير كاليد الصغيرة بالكبيرة.[٢] **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الحكم

١ انظر: **الأصل**، ٥٧٨/٦؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٤/٦-٣٦.

٢ **مختصر الطحاوي**، ٢٤٦.

يتعلق بالشجة للشين الذي يتعلق بها لا للمنفعة؛ ولهذا لو عاد الشعر يسقط الضمان. ومعلوم أن الشجة كلما زادت كان أكثر للشين، فمتى لم يتمكن المشجوج من إلحاق الشين على الوجه الذي ألحق به كان ذلك عيبًا فيما يتعلق به حقه، فصار كاليد الناقصة الأصابع، وليس كذلك اليد الصغيرة والكبيرة؛ لأن المقصود منها المنفعة [١٤ظ] ومنفعة إحدى اليدين كمنفعة الأخرى، فلذلك وجب القصاص.

[من له استيفاء القصاص]

[١٧٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا كان في الورثة صغار وكبار فللكبار استيفاء القصاص قبل بلوغ الصغار. وذكر في **الأصل** و**الزيادات** عن أبي يوسف ومحمد: أنه ليس للكبار الاستيفاء، وهكذا نقله أبو الحسن. وكان أبو بكر يحكي رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة من رواية ابن رستم.[١]

لأبي حنيفة: أن الحسن بن علي اقتص من قاتل أبيه وكان في الورثة صغار وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف. ولأن أحد الوليين ممن يولي عليه فكان للآخر الاستيفاء كالقصاص بين الأب والابن. ولأن القصاص ليس بمال في نفسه ولا تعلق بإتلافه ضمان؛ بدلالة أن من عفى لم يضمن لشريكه فجاز أن ينفرد باستيفائه أحد الأخوين كالنكاح.

لأبي يوسف: أن القصاص أحد موجبي القتل كالمال. ولأن الصغير عاجز عن استيفاء حقه كالغائب.

[الجناية على المكاتب ولم يترك وفاءً]

[١٧٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قُتل المكاتب ولم يترك وفاء فلمولاه القصاص، وإن ترك وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص وإن ورثه المولى. قال في **الجامع**: عند

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٢ظ؛ **منتخب الزيادات**، ١٤ظ، ٤٢و.

أبي حنيفة وأبي يوسف للمولى القصاص. وقال محمد وزفر: لا قصاص. وروي عن أبي يوسف في كتاب البيوع: أنه لا قصاص.[١]

أما إذا لم يترك وفاء: فلأن الولاية في حال الجرح للمولى وهو المستحق للقصاص حال الموت، ومتى ثبت له الحق في الطرفين جاز له القصاص، كوارث الحر. ولأن الكتابة قد انفسخت بالعجز، فصار كأن لم يكن، وحل محل العبد إذا قتل.

وأما إذا ترك وفاء ووارثه غير المولى: فلا قصاص؛ لأن الحق ثبت للمولى بالجراحة وللوارث عند الموت، والمعتبر في وجوب القصاص ثبوت الحق للمقتص في الطرفين، فمتى لم يثبت حقه عند الجراحة لم يثبت عند الموت، كمن جرح عبده فباعه لم يثبت القصاص للمشتري.

وأما إذا كان الوارث المولى: **فوجه قول أبي حنيفة**: أن المولى له حق عند الجراحة؛ ألا ترى أن المكاتب على حكم ملكه، وهو المستحق عند الموت فتعلق حقه بالطرفين، فصار كوارث الحر. ولا يجوز اعتبار اختلاف السببين؛ لأن هذا المعنى موجود [٤٢و] في الوارث، ألا ترى أن الجِراح يثبت فيها الحق للمجروح ويتعلق بها حق الوارث لا على وجه الملك؛ ولهذا يصح عفو المجروح ثم يتعلق حقه بها بعد الموت على طريق الملك. ثم اختلاف جهة التعلق لا يمنع من ثبوت القصاص، كذلك اختلاف ثبوت حق المولى لا يمنع من ذلك. **وجه قولهما**: أن حق المولى يثبت حال الجرح بحكم الملك وبعد الموت بحكم الميراث، فصار اختلاف جهة الحق كاختلاف المستحق فلا يثبت القصاص. ولأن السبب الذي كان يستحق به حال الجرح قد زال وحدث سبب آخر، فصار كزوال الحق إلى مستحق آخر.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٢٢/٥؛ **الجامع الصغير**، ٥٠٦، ٥٠٧.

[الجناية على المبيع]

[١٧٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قُتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع: كان له القصاص، وكذلك إن اختار فسخ البيع: كان للبائع القصاص، وهذا حفظي عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: ليس للبائع القصاص. وروى ابن زياد عنه: لا قصاص للمشتري أيضًا.

لأبي حنيفة: أن العقد يتعرض للفسخ ما لم يتصل به القبض، فإذا هلك انفسخ العقد وصار كأنه لم يكن فوجب القصاص للبائع، وليس كذلك المكاتب إذا مات عن وفاءٍ ووارثه غير المولى؛ لأن الوارث يثبت له الحق من غير أن يستند إلى أمر سابق، فكذلك لم يكن له القصاص. وليس كذلك العبد إذا قتل في يد الغاصب فضمنه المالك؛ لأنه لا يملك القصاص، لأن ملكه يتعلق بالاختيار، وهو سبب حادث بعد الجناية فلذلك لم يملك به القصاص، وفي مسألتنا يملكه البائع بحكم الملك الأول. ولا يلزم على هذا إذا كان الخيار للبائع والعبد في يد المشتري فاختار تضمينه أنه لا قصاص للمشتري؛ لأنه يملكه باختيار التضمين وهو سبب حادث.

لأبي يوسف: أن البيع ينفسخ بالهلاك فيملكه البائع بذلك، وهو سبب حادث فصار كتضمين الغاصب وتضمين المشتري في البيع المشروط فيه الخيار. وليس كذلك المشتري؛ لأن الملك له، وإنما كانت اليد لغيره، فهذا لا يمنع وجوب القصاص.

وجه الرواية الأخرى: أن المبيع [٤٢ظ] مادام في يد البائع فله فيه حق الملك؛ لجواز أن يعود إليه، فقد وقعت الجراحة على وجه لا يثبت القصاص معه، وهو أن يختار المشتري الرد، فصار ذلك شبهة.

وقد قال زفر في المبيع يقتل في يد البائع: لا قصاص لواحد منهما. وكذلك الرهن؛ لأن للمرتهن أن يمنع المالك من القصاص فصار ذلك شبهة.

وفرق أبو يوسف بين البيع والرهن في إحدى الروايتين؛ لأن الملك في الرهن للراهن، وإنما للمرتهن أن يمنع القصاص حتى يستوفي حقه، فإذا رضي فقد أسقط حق نفسه، فبقي ملك الراهن، وفي المبيع حق الملك ثابت للبائع، فيصير المستحق للقصاص مجهولًا.

[العبد يجني فيحدث المولى ما يكون اختيارًا]

[١٧٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا جنى العبد جناية، فاختار المولى الفداء وهو معسر: صح الاختيار، ولم يكن لولي الجناية غير ذلك. وقالا: لا يصح الاختيار إلا أن يكون قادرًا على الأداء، أو يرضى بذلك ولي الجناية. وعن محمد أنه قال: يقال للمولى: "إما أن تدفع الأرش حالًا وإلا نبع العبد فيه".[١]

لأبي حنيفة: أن المولى مخير بين الدفع والفِداء من غير أن يقف ذلك على رضى المولى، فإذا اختار سقطت الجناية عن الرقبة، وصار الأرش دينًا في ذمته فلا يؤثر فيه الفَلَس كسائر الديون. ولأن الحق لما سقط عن الرقبة حل محل المرتهن إذا رد الرهن وهو لا يعلم بفَلَس الراهن، أو البائع إذا سلم المبيع وهو لا يعلم بفلس المشتري. ولأن الجناية حق غير مستقر، فإذا اختار أحد الموجبين سقط الآخر، وصار كأن لم يكن، فكأن الجناية لم توجب إلا المال.

لهما: أن رقبة العبد تعلق بها حق ولي الجناية، فالمولى باختياره مع الفلس أسقط الحق من غير عوض، وهذا لا يصح كسائر الحقوق اللازمة.

وجه رواية محمد: أن الاختيار قد صح ولزمه الأرش لأجل العبد، فإذا تعذر الأرش جاز أن يعود الحق فيما كان تعلق به، **أصله**: الحوالة إذا تعذر استيفاؤها من المُحال عليه.

---

١ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧و، ٣٣٧ظ.

[١٧٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قطع عبد يد رجل فاختار المولى الأرش ثم مات المقطوعة يده خُيِّر المولى خيارًا مبتدأ استحسانًا. وقال أبو يوسف: عليه [٤٣و] الدية وهو القياس.

لهما: أن التخيير وقع فيما ليس بحق للمولى؛ بدلالة أن الجراحة إذا آلت إلى النفس سقط حكمها وصار الحكم للنفس، والتخيير متى وقع فيما ليس بحق لم يتعلق به حكم فصار وجوده وعدمه سواء، فوجب استئناف التخيير.

لأبي يوسف: أن للمولى اختيار الأرش فقد نقل الجناية من رقبة العبد إلى ذمته، فكأنه أعتقه، فلا تعود الجناية إليه بالسراية.

وهذه المسألة ظاهرة على قول أبي حنيفة: أن العفو عن الجراحة لا يكون عفوًا عن السراية، ويجعلهما كالشيئين المختلفين.

[١٧٨.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا أقر المولى بالعبد الجاني لغيره بعد علمه بجنايته لم يكن مختارًا. وروي عنهم في غير **الأصل** أنه يكون مختارًا.

وجه رواية الأصل: أن الإقرار لا يغيّر حكم الجناية؛ ألا ترى أن إمكان الدفع والفداء باق ويخاطب به المقر له، وإذا لم يتعذر الدفع لم يكن اختيارًا. ولا يجوز أن يكون صادقًا فيما أخبر عنه فتتعلق الجناية بالمقر به، فلم يجز إلزامها المقر بالشك.
وجه الرواية الأخرى: أن الإقرار يتعلق به التمليك كالبيع.

[١٧٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا علم بجناية عبده فضربه ضربًا يؤثر فيه صار مختارًا. وشرط في **الأصل**: أن يضربه ضربًا يلزمه عيبًا فاحشًا.[١] وقال أبو يوسف: مثل ذلك إلا أن يرضى المولى أن يأخذه ناقصًا ولا يضمنه النقصان، فيقال للمولى: "إما أن تدفع أو تفدي".

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/٤٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧و.

لأبي حنيفة: أن الضرب متى نقصه فقد أمسك بعض العبد، فكأنه أمسك جميعه فيلزمه الفداء وينتقل إلى ذمته، ولا يعتبر في ذلك رضى المولى؛ لأن اختياره لا يؤثر فيما يتعلق بالاختيار. **وأبو يوسف**: بنى الأمر على أن المولى إذا كان معسرًا لا يقدر على أداء الأرش، فله حق المطالبة بعين العبد، وإن سقط حقه من العيب الحادث فيه.

[١٨٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا كاتب المولى عبده وعجز فإن كان بعد العلم بالجناية فهو اختيار. وقال أبو يوسف: لا يكون مختارًا إلا أن يخاصمه مع بقاء الكتابة فيتعذر الدفع.

لأبي حنيفة: أن الكتابة عقد على الرقبة يتعلق بها استحقاق يد المولى على وجه لا يملك إعادته إليه فصار كالبيع. **لأبي يوسف**: أن الكتابة لا تسقط حكم الدفع؛ لجواز أن يعجز فيمكن فيه الدفع، فبقي الحق مراعى. فإن خاصمه فقد أسقط القاضي المراعاة، وإن لم يتخاصما حتى يعجز فقد أمكن الدفع فصار كالابتداء.

وقد ذكر [٤٣ظ] في بعض النسخ: أن الإجارة والرهن اختيار، وفي بعضها: أنه لا يكون اختيارًا.

وجه الرواية الأولى: أنه عقد يتعلق به استحقاق اليد كالبيع. **وجه الرواية الأخرى**: أن الإجارة يجوز فسخها بالعذر، وتعلُّق حق المولى عذر في الفسخ فلم يمنع بها الدفع. وأما الرهن ففسخه موقوف على فعل الراهن متى قضى الدين، فلم يوجب ذلك تعذر الدفع، فلم يكن اختيارًا. وأما إذا باعه بشرط الخيار للمشتري فهو مختار في قولهم.

أما على أصل أبي حنيفة: فلأنه خرج من ملكه وإن كان لم يدخل في ملك المشتري. **وأما على أصلهما**: فقد دخل في ملك المشتري، كالبيع البتات.

وذكر أبو الحسن: إذا باعه وسقط الخيار [عن] للبائع لم يكن اختيارًا؛ لأن الرقبة

على ملكه يمكن تسليمها بالجناية، وكذلك لو باعها وهو لا يعلم فرُدت عليه بعيب بقضاء. وقال في **الأصل**: لو زوج الجانية لم يكن اختيارًا، إلا أنه لا يوجب فوات جزء وإنما ينقص من طريق الحكم، لنقصان السعر. وإن عرضه على البيع لم يكن اختيارًا عند أبي يوسف. وقال زفر: يكون اختيارًا.[١]

لأبي يوسف: أن العرض لا يمنع الدفع في الرقبة ولا في جزء منها كالاستخدام. ولأنه يدل على اختيار تبقيته على ملكه، وهو على ملكه قبل العوض. **لزفر**: أنه مخير بين دفعه أو تبقيته بالفداء، وإذا عرض على البيع دل على اختياره الفداء.

[١٨١.] **مسألة** ولو وطئها المولى فلم ينقصها الوطء لم يكن مختارًا. وقال زفر: يكون اختيارًا. وعن أبي يوسف مثله. قال ابن شجاع: هو قوله الأخير.[٢]

لنا: أن الوطء لا يوجب فوات جزء منها ولا يمنع تسليمها، كالاستخدام. ولا يلزم وطء البكر؛ لأنه فوات جزء. **فإن قيل**: وطء الثيب فوات جزء من طريق الحكم؛ ولهذا لا يردها بالعيب؛ لأن القياس أن يردها، وإنما منعنا الرد لإجماع الصحابة. ولأن الرد فسخ للملك من أصله، فيصير وطئًا في ملك غيره، والدفع بالجناية تمليك في حال الدفع، فيكون مولاها واطئًا في ملك نفسه.

لزفر: أن الوطء أجرِيَ مجرى إتلاف جزء، فصار كإتلاف جزء مشاهد. وكان أصحابنا يقولون: الصحيح على أصلهم ما قال زفر.

[١٨٢.] **مسألة** روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن المولى إذا أخبره بجناية عبده رجلٌ عدل، أو رجلان لا يعرف عدالتهما، فصدقهما وأعتق صار مختارًا

١ انظر: **الأصل**، ٧/٤٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧و.

٢ انظر: **الأصل**، ٧/٤٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧و.

[٤٤و] للدية. وقالا: لا يكون مختارًا سواء أخبره عدل أو غير عدل، مسلم أو ذمي. وروى الحسن عن أبي حنيفة: اعتبار العدل والعدالة في المُخبِر. وهو قول زفر والحسن.[١]

لأبي حنيفة: أن الخبر بجناية العبد له شبه بالأخبار؛ لأن لفظ الشهادة غير معتبر فيه، وله شبه بالشهادات لما يتعلق به من إيجاب الضمان، فوجب اعتبار الشبهين، فاعتبر أحد شرطي الشهادة إما العدد أو العدالة. ولأن الأخبار قد يتأكد بعضها على بعض؛ بدلالة أن قول الصبي يقبل في الاستئذان، ولا يقبل إذا قال: "وكَلني فلان ببيع ماله"، ويقبل قول البائع في ذلك. وإذا تأكد بعض الأخبار جاز أن يؤكد هذا الخبر؛ لما يتعلق به من إيجاب الضمان. ولا يلزم إذا كان المخبِر رسولًا؛ لأنه يقوم مقام المرسِل، والمرسل يتعلق الحكم بقوله، وإن لم يكن عدلًا.

لهما: أن هذا طريقه طريق أخبار المعاملات، فلا يعتبر فيه شرط الشهادة كما لا يعتبر في الشهادات.

[دية العبد]

[١٨٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: قيمة العبد تلزم العاقلة. وقال أبو يوسف: في مال الجاني. وروي عنه: أن مقدار الدية منها على العاقلة والزيادة في ماله. وروى محمد عنه: أن القيمة كلها على العاقلة.

لهما: أن ضمانه ضمان الجنايات؛ بدلالة وجوب القصاص فيه إذا كان عمدًا، فصار كالحر؛ ولهذا يجب فيه أكثر من الدية. **وأما أبو يوسف**: فمن أصله أن ضمانه ضمان الأموال فلا تتحمله العاقلة. **وجه الرواية الأخرى**: أن مقدار الدية طريقه طريق الجنايات فلزم العاقلة، وما زاد على ذلك طريقه طريق الأموال؛ لأنه لا يجوز إيجابه بالجناية فكان في ماله.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧ظ.

[باب القسامة]

[قتيل داره]

[١٨٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وجد الرجل قتيلًا في دار نفسه فديته على عاقلته. وكان أبو بكر يقول: إن كان عاقلة المقتول عاقلة ورثته فالجواب على ما ذكر، وإن اختلف عواقلهم فعلى عاقلة ورثته. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: دمه هدر. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة نحوه.[١]

لأبي حنيفة: أن ظهور القتل [٤٤ظ] في الدار كمباشرة صاحب الدار عند الظهور للقتل، وما قبل ذلك غير معتبر؛ بدلالة أن من مات من العاقلة قبل الظهور لم يجب عليه شيء، والدار عند الظهور للورثة فكانت الدية على عاقلتهم. وصار كمن وجد قتيلًا لا في دار وارثه. ولأنه قتيل لا يعلم قاتله في موضع يلحقه النصرة فوجب أن يختص بالضمان لمن يلزمه النصرة سوى القتيل. أصله: الرجل يجد قتيلًا في محلته أن الضمان على أهل المحلة. ولا يلزم المكاتب يجد قتيلًا في دار نفسه أن الضمان لا يلزم المولى وإن كانت الدار ملكًا له عند ظهور القتيل؛ لأن المولى لا يملك أكساب مكاتبه بالموت، وإنما تكون موقوفة؛ لجواز أن يكون ترك وفاءً فنقبت الدار عند ظهور القتيل على حكم ملك المكاتب. وليس كذلك الحر؛ لأن ملكه ينتقل إلى وارثه بنفس الموت، فلا يجوز أن يقال: إن العاقلة إذا ضمنت الوارث صارت متحملة عنه ومؤدية إليهم؛ لأن هذا غير ممتنع، ألا ترى أن من وجد قتيلًا في دار ابنه كانت الدية على عاقلة الابن يتحملونها عنه ويؤدونها إليه، كذلك هاهنا. وإنما جاز في المسألتين لأن الدية يتعلق بها حق المقتول فيقضى منها ديونه وينفذ وصاياه، فصار الأداء لحق المقتول لا لحق الوارث.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٤و.

لهما: أن الجناية توجد والدار على ملك صاحبها، فصار كما لو قتل نفسه.

[قتيل القبيلة]

[١٨٥.] **مسألة** قال في **الأصل**: ولو وجد القتيل في القبيلة بالكوفة، وفيها سكان وأهل الخطة ومشترون، فالدية على أهل الخطة في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: عليهم جميعا. وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة.

لهما: أن أهل المحلة يلزمهم الدية؛ لأجل النصرة، ونصرة أهل الخطة غير نصرة المشتريين، فإذا بقي منهم من يدل في العقل لم يضم إليهم نوع آخر، كما لا يضم أهل الديوان إلى القبيلة، وعاقلة الأم إلى عاقلة الأب. ولا يلزم إذا قلَّ عدد القبلية أنه يضم إليها أقرب القبائل؛ لأن ذلك [٤٥و] من جنس واحد، ألا ترى أن جميعهم بني أعمام. ولأن أهل الخطة أخص بالنصرة من المشتريين، وما كان أخص فهو أولى.

لأبي يوسف: أنهم تساووا في الملك والتصرف فوجب أن يتساووا في العقل. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الملك موجود للمرأة والصبي والمجنون، والتصرف موجود للمكاتب، فلا تحمل عليهم، فدل على أن المعتبر النصرة دون ما ذكره.

وأما المُلَّاك والسكان فقال أبو حنيفة ومحمد: الدية على الملاك. وقال أبو يوسف: عليهما.

لهما: أن المالك أخص بالنصرة من الساكن؛ ألا ترى أن المالك يقصد صيانة محلته، والسكان يكون فيها في وقت وينتقل إلى آخر، فإذا لم يوجد فيه معنى النصرة لم يلزمه العقل. ولا يلزم إذا وجد القتيل في سفينة أن الدية على من فيها من مالك وراكب؛ لأن السفينة تنقل وتحول، فضمان الدية فيها بثبوت اليد لا بالنصرة، كالدابة إذا وجد عليها قتيل؛ ولهذا ألزم المداد العقل وإن لم يكن في السفينة، كما لزم سائق الدابة وقائدها.

لأبي يوسف: أنه عليه السلام ألزم أهل خيبر دية عبد الله بن سهل وقد كانوا

سكانًا بخيبر.[١] الجواب: أنه روي أن عبد الله بن سهل خرج إلى خيبر وهو يومئذ صلح وهذا قبل الفتح، والملك كان لليهود. وقد قيل: إنه بعد الفتح كان لهم أملاك؛ ولهذا عوضهم عمر رضي الله عنه لما أجلاهم.

[قتيل الدار المبيعة]

[١٨٦.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير**: إذا وجد القتيل في الدار المبيعة قبل تسليمها إلى المشتري فالدية على عاقلة البائع، سواء كان في البيع خيار أو لم يكن في قول أبي حنيفة. وقالا: إذا لم يكن خيار فالدية على المالك، وإن كان خيار فعلى من يحصل له الدار. وقال زفر: الدية على المشترى قبض الدار أو اختيار الفسخ، وإن كان الخيار للبائع فالدية عليه اختار أو فسخ.[٢]

لأبي حنيفة: أن البائع كان أولى بنصرة الدار، فما لم يسلمها فهي على حكم ملكه، فكان أولى بإمساكها، فبقي المعنى الذي تعلق به العقل في الأصل، فصار على عاقلته.

ولا يقال: إنه وإن كان أحق باليد فليس بمالك، فصار كالساكن في [٤٥ظ] المحلة. **وذلك لأن**: أهل المحلة القاتل أحدهم؛ لاستحالة أن يجتمعوا جميعًا على القتل فلا يظهر. ولأنه قد يكون بالمقتول جراحة واحدة فيعلم أنه لم يقتله إلا واحد، وبقية أهل المحلة يلزمهم بالنصرة، فاعتبر من هو أخص بها. ولهذا المعنى لم يجب على النساء والمكاتبين. وأما الدار فوجود القتيل فيها كالمباشرة من صاحبها؛ ولهذا المعنى وجب على مالكها وإن كانت لامرأة أو مكاتب فدل على افتراقهما. ولأن وجود القتيل في الدار لما أوجب ضمانًا على مالكها صار كالعيب، وإذا وجدت في يد البائع كان من ضمانه، وإن شئت جعلته كالعبد المبيع إذا جنى في يد البائع.

---

١ انظر: **موطأ محمد بن الحسن**، ٢٣٤ (٦٨١)؛ **مصنف عبد الرزاق**، ٣٠/١٠ (١٨٢٦٠).

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٠٢؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٤ظ، ٣٤٥و.

ولا يقال: فهلا أثبتم للمشتري الخيار. **وذلك لأن**: هذا المعنى غير متعلق برقبة الدار كما تتعلق الجناية برقبة العبد. وليس يمتنع أن يكون كالعيب من وجه ويفارقه من وجه. فأما إذا قبض المشتري الدار فالدية على عاقلته مضمونة عليه، فوجب أن يكون ما يلزم لأجلها مختصًا بالضامن، كجناية العبد المبيع.

لهما: أن الملك للمشتري، والبائع له يد، فصار كالمودع. وأما إذا كان خيار فعلى من تصير له الدار؛ لأنه يملكها بالعقد فتحصل الجناية على ملكه.

وأما زفر: فاعتبر من يملك الدار عند ظهور القتيل، فإن كان الخيار للبائع فالملك له، وإن كان للمشتري فالملك به. والفسخ بعد ذلك أو الإجازة يتعلق بها الملك، فيصير كالبيع المستأنف.

[قتيل السجن]

[١٨٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال. وقال أبو يوسف: على أهل السجن.[١]

لهما: أن يد الإمام ثابتة على السجن فيلزمه نصرته، ومن فيه لا نصرة له ولا تصرف، وإنما هو مقهور، فلا يتعلق به حكم. وما يلزم الإمام يكون في بيت المال. ولأن السجن لمصالح المسلمين كالجوامع. **لأبي يوسف**: أن الظاهر أن القتل حصل من أهل السجن، فوجب أن يختص الضمان بهم. وهذا على أصله في اعتبار الساكن دون المالك.

وأما إذا وجد القتيل [٤٦و] في السوق فإن كانت مملوكة فعلى أربابها دون الساكن، كأهل المحلة. وإن كانت سوقًا للعامة فعلى بيت المال. وقال أبو يوسف: في السوق المملوكة على من فيها، وهذا على ما تقدم في سكان المحلة. وأما السوق التي لا تملك فالحق فيها ثابت لجماعة المسلمين، فصارت كالشوارع والجوامع.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٥و.

[الرجل يجرح في محلة ويموت في أخرى]

[١٨٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا جرح الرجل في محلة ومضى إلى محلة أخرى فلم يزل صاحب فراش إلى أن مات فعلى أهل المحلة الأولى الدية. وقال أبو يوسف: لا شيء فيه.[١]

لهما: أن الموت حصل في تلك الجراحة، بدلالة وجوب القصاص لو عرف الجارح، فكأنه قتل في تلك المحلة. **لأبي يوسف**: أنه لم يوجد فيها إلا ما دون النفس، وذلك لا يلزم العاقلة كقطع العضو الواحد.

وعلى هذا قال أبو حنيفة ومحمد: إذا حمل رجل مجروح إلى منزله فمات من الجراحة فالدية على عاقلة الحامل. وقال أبو يوسف: لا شيء فيه. **لهما**: أن الموت حصل من تلك الجراحة، فكأنه حمله مقتولًا. **لأبي يوسف**: أن الذي وجد في يده جناية فيما دون النفس وذلك لا يتعلق به حكم.

[قتيل قرية امرأة ليس بها غيرها]

[١٨٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وجد القتيل في قرية امرأة ليس بها غيرها: استحلفت وردّدت الأيمان عليها، فالدية على أقرب القبائل منها. وقال أبو يوسف: القسامة على أقرب القبائل منها في النسب، ولا قسامة عليها.[٢]

لهما: أن المرأة ممن يستحلف في الحقوق، وقد صارت ممن يلزمها الدية في مسألتنا فوجب أن تستحلف كالرجل، وليس كذلك إذا كان في القرية رجال؛ لأنها لا تدخل في الدية، فلا تدخل في القسامة. وقد ذكر الطحاوي في **مختصره**: أن القاتل

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٥و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٦و.

يدخل في العقل إذا كان ذكرًا حرًا بالغًا،[١] ولا يعرف هذا في غير هذا الموضع. ولأن القسامة تتعلق بوجود القتيل في الدار كالدية، فإذا لزمها أحدهما وهي ممن يجوز استحلافها جاز أن يلزمها الآخر. ولأن الاستحلاف للتهمة، والعاقلة إذا لم يكونوا في القرية فلا تهمة في حقهم.

لأبي يوسف: أن القسامة تلزم من يلحق [٤٦ظ] البقعة نصرة مثله، وهذا المعنى لا يوجد في النساء، وإنما يكون بالعواقل فكان عليهم.

[قتيل دار مشتراة]

[١٩٠.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا وجد القتيل في دار لرجل اشتراها فالقسامة تجب عليه، وعلى قومه الدية. **وفي اختلاف أبي يوسف وزفر**:[٢] أن القسامة تجب عليه وعلى عاقلته. وقال أبو يوسف: ليس على عاقلته قسامة.

وكان أبو الحسن يقول: هذا على وجهين: إن كانت عاقلته حاضرة دخلت في القسامة، وإن كانت غائبة لم تدخل. أما إذا كانت حاضرة؛ فلأن التهمة موجودة في حقهم، والقاتل يجوز أن يكون فيهم فصاروا كأهل المحلة. وأما إذا كانت غائبة فلا تهمة، فلم يجز دخولهم في القسامة. وليس كذلك الدية؛ لأنها تجب للنصرة، وذلك موجود في الغيبة. **وجه الرواية الأخرى**: أنهم لما دخلوا في الدية مع الغيبة فكذلك في القسامة كالحاضرين.[٣]

---

١ **مختصر الطحاوي**، ٢٣٣.

٢ وعبارته في **شرح المختصر**: «وذكر اختلاف أبي يوسف وزفر».

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٦ ٣٤و.

[قتيل المحلة]

[١٩١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا وجد القتيل في المحلة فادعى الأولياء على رجل من غيرهم القتل، فشهد شهود من أهلها: لم تقبل شهادتهم. وقالا: شهادتهم جائزة.[١]

لأبي حنيفة: أن أهل المحلة قد لزمتهم الخصومة في هذا الحق، فلم يجز قبول شهادتهم وإن سقطت خصومتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل ثم شهد. ولا يجوز أن يكون الولي توصل ببراءتهم إلى تصحيح شهادتهم، كما يجوز أن يكون الموكل توصل بالعزل إلى تصحيح شهادة الوكيل. وليس كذلك الزوج إذا طلق ثم شهد؛ لأن شهادته لا يمنع منها لأنه خصم، وإنما لا تقبل للزوجية، فإذا زالت جاز أن تقبل. ولأن شهادتهم لما لم تقبل لحق المدعى عليه لم يملك المدعي إسقاط حقه بقوله.

لهما: أن الدعوى إذا حصلت على غيرهم فقد أبرأهم من الجناية، فإذا شهدوا فلا منفعة لهم في الشهادة، فتقبل كالأجانب.

[النكول في يمين القسامة]

[١٩٢.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا نكلوا عن اليمين في القسامة حبسوا حتى يقروا أو يحلفوا. وروى الحسن عن [٤٧و] أبي يوسف: أنا نحبسهم ونقضي بالدية على العاقلة في ثلاث سنين. قال ابن أبي مالك: هذا قوله الآخر.

لهما: أن اليمين في القسامة تعيين الحق؛ ولهذا يجمع بينها وبين أخذ المال، والممتنع من حق عليه يقدر على إيفائه يحبس حتى يوفيه. **لأبي يوسف**: أن الامتناع من اليمين لا يتعلق به الحبس، كاليمين في الديون.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٧ظ.

[ادعاء الولي على أحد أهل المحلة]

[١٩٣.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا ادعى المولى على واحد من أهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها. وقال أبو يوسف: القياس أن تسقط القسامة؛ إلا أنا تركناه للأثر. وحكى هشام عن محمد: أن القسامة تسقط، وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة.[1]

لأبي حنيفة: أنا قد علمنا بظهور القتيل أن القاتل أحدهم؛ لاستحالة أن يجتمعوا على قتله، ومع ذلك القسامة والدية واحد. فإذا ادعى على واحد منهم فلم يحصل بالدعوى. إلا ما قد عرفناه، فلم تسقط القسامة. **لمحمد**: أن الدعوى على واحد براءة لبقيتهم، فلم يجز إيجاب القسامة والدية من غير دعوى.

[قتيل المحلة يدعي أهلها على رجل منهم]

[١٩٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا وجد القتيل في محلة فزعم أهل المحلة أن رجلا بعينه منهم قتله، وأنكر ذلك ولي المقتول: حلفوا "بالله ما قتلنا" وترفع عنهم "ولا علمنا قاتلًا". وقال محمد: يحلفون "بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلًا غير فلان".[2]

لأبي يوسف: أن استحلافهم على العلم إنما هو لجواز أن يعرفوا، وقد اعترفوا فلم يكن لذكر ذلك في اليمين معنى. **لمحمد**: أنه يحتمل أن يكونوا عرفوا قاتلا غيره، وإنما يعينوا هذا ليسقطوا عنهم اليمين في غيره فوجب أن يستثنى، ويحلفوا فيمن سواه كما كانوا يحلفون ابتداء.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٨/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٧ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٦٥/٦.

[القسامة في العبد]

[١٩٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وجد العبد قتيلًا في محلة، ففيه القسامة، وعلى أهل المحلة قيمته في ثلاث سنين، لا يبلغ بها الدية. وروى الحسن عن أبي يوسف في عبد وجد قتيلًا في دار رجل قال: هو هدر.[١]

لهما: أن ضمان العبد ضمان الجنايات، فصار كالحر. **وأبو يوسف**: بنى على أصله أن ضمانه ضمان الأموال فصار كسائر الأموال.

[قتيل النهر]

[١٩٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: [٤٧ظ] إن وجد القتيل في نهر فيه ماء فإن كان عظيمًا عامًا فلا قسامة ولا دية. وإن كان نهرًا صغيرًا خاصًا يقضى فيه بالشفعة للشريك، فعلى أرباب النهر.

وقال محمد: إن وجد القتيل في مثل الفرات والدجلة فجرى به الماء فلا قسامة ولا دية. وإن وجد محتبسًا في الدجلة والفرات فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع الذي يسمع فيه الصوت.

وقال زفر: القسامة والدية على عاقلة صاحب أقرب القرى من أقرب موضع القتيلُ منه. أما النهر العظيم فاليد لا تثبت عليه، ولا يصح التصرف فيه، فلم يلزم واحدًا نصرته، فصار كالبرية. وأما النهر الصغير فاليد ثابتة عليه، والنصرة موجودة فيه، فصار كسائر الأملاك. وأما إذا وجد في وسط النهر فما قرب من الشط فتثبت عليه اليد والتصرف فيه، كما قرب من القرية.[٢]

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٦/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٤و.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٧٠/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٥و، ٣٤٥ظ.

وجملة هذا أن وجود القتيل على وجوه:

[١.] إن وجد في فلاة فلا قسامة ولا دية، لأن ذلك الموضع لا يلزم نصرته.

[٢.] وإن وجد في موضع لعامة المسلمين فيه يد وتصرف فالدية في بيت المال، ولا قسامة، كالشوارع والجوامع.

[٣.] وإن وجد في موضع يختص به بعض الناس ويلزمهم نصرته كأهل المحلة فالقسامة عليهم، والدية على عواقلهم.

[٤.] وإن وجد في دار لرجل أو أرضه فالقسامة والدية عليه، وعلى عاقلته إن كانت حاضرة.

وقال محمد في موضع: إن القسامة على صاحب الدار. ومرة يقول: على عاقلته. ومرة يفرق بين الدار والأرض والفسطاط، وهو على التفصيل الذي ذكرنا من حضورهم أو غيبتهم.

[المكاتب القتيل في دار سيده]

[١٩٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا وجد المكاتب قتيلًا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الأقل من القيمة والدين لغرمائه. وقال زفر: دينه هدر، ترك وفاءً أو لم يترك.[١]

لأبي يوسف: أن وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها [٤٨و] القتل، فكأن المولى قتله، فيلزمه الضمان إذا كان له وفاء. وإن كان عليه دين ولم يترك وفاء ضمن الأقل للغرماء، كما لو باشر قتله. **لزفر**: أن المكاتب عبد قبل الأداء، والعبد إذا وجد قتيلًا في دار سيده فهو هدر.

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٩/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٦ظ.

[قتيل دار المأذون]

[١٩٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وجد القتيل في دار عبد مأذون فالدية والقسامة على عاقلة المولى، كان عليه الدين أو لم يكن. وروى محمد عن أبي يوسف مثله. وروى أصحاب الإملاء عنه قال: إذا كان عليه دين دفعه المولى بالجناية أو فداه بالدية.[١]

لهما: أن يد المولى ثابتة على الدار وهو أخص بالتصرف فكان أولى بالقسامة كأهل المحلة، ولا يعتبر كونه مالكًا لها في قول أبي حنيفة، لأن الملك موقوف عليه، وهو أخص بالتصرف، ألا ترى أن الغرماء لا يملكون الدار بدينهم، ولا يملكها العبد وإن أعتق. وليس كذلك المكاتب؛ لأن المولى لا يملكها بعد عتقه، والمكاتب يملك التصرف فيها في الحال، ويملكها إذا أعتق. **وقد كان الأولى على قول أبي يوسف**: أن يستوي الدين وغيره؛ لأن الملك للمولى في الحالين، إلا أنه اعتبر أصلًا آخر وهو أن العبد إذا كان عليه دين فإنه ينفرد بالدار والتصرف فيها؛ بدلالة أن المولى لا سبيل له عليها، فصار العبد كالساكن، والقسامة عليه دون المالك.

[موت المقتص منه فيما دون النفس]

[١٩٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا مات المقتص منه فيما دون النفس ضَمِن المقتص له الدية. وقالا: لا ضمان عليه.

لأبي حنيفة: أنه حق يستوفيه لنفسه على طريق العوض فوجب أن يتعلق به الضمان، كالمبيع. ولأنه حق يستوفيه لنفسه خير بين استيفائه وتركه، كضربه امرأته. **لهما**: أنه قطع مأذون فيه فلا يضمن ما يتولد منه، كقطع السارق والمرتد.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٦ظ.

[وجب له قصاص النفس فقطع يده وعفى]

[٢٠٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وجب له قصاص في النفس فقطع اليد وعفى، فالقياس: أن يقتص، والاستحسان: أن تجب عليه دية اليد. وقالا: لا شيء عليه. وهي رواية ابن زياد وابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.[١]

لأبي حنيفة: أنه استوفى ما ليس بحق له؛ بدلالة أن الإمام يمنعه من ذلك ويعزره إذا فعله. وإنما لا يضمنه لأنه استحق [٤٨ظ] إتلاف النفس، وفي إتلافها إتلاف ما دونها، فإذا عفى فقد أسقط حقه من النفس، فبقي ما دونها مستوفى بغير حق، فلزمه الضمان. ولأن حقه بعد القطع النفس فإذا عفى يسقط حقه، وبقيت اليد مستوفاة بغير حق فكانت مضمونة؛ ولهذا المعنى كان القياس أن يجب القصاص، كما لو ابتدأ قطع يد عمدًا بغير حق؛ إلا أنه استحسن لأن القطع وجد وحقه في إتلاف الجملة باقٍ فصار شبهة في سقوط القصاص.

لهما: أن حقه ثبت في النفس وفي كل جزء منها، فإذا استوفى بعضها ثم عفى انصرف عفوه إلى ما بقي من حقه، فلم يجب عليه ضمان، كمن استوفى بعض دينه ثم أبرأ. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن حقه لم يثبت في أجزاء النفس؛ بدلالة أنه ممنوع من استيفائها، وليس كذلك الدين؛ لأن حقه يثبت في جملته وأجزائه؛ بدلالة أنه لا يمتنع من استيفائها، فإذا استوفاها انصرف عفوه إلى ما بقي من حقه. وفي مسألتنا استوفى ما ليس له استيفاؤه، فبقي حقه بكماله؛ لاستحالة أن يبقى بعض دم العمد دون بعض، فإذا عفى عن حقه بكماله بقي ما استوفاه غير مستحق.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٤ظ.

[قصاص التغريق]

[٢٠١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غرَّق الرجل رجلًا لم يجب عليه القصاص. وقالا: يجب عليه القصاص إذا كان لا يتخلص منه غالبًا.[١]

أما أبو حنيفة: فبناء على أصله: أن القصاص لا يجب إلا فيما كان قتلًا بسلاح أو ما يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء، وهذا لا يوجد في الماء. ولأن التلف لا يحصل بنفس الوقوع وإنما يحدث الماء بنفسه فيهلك به، فصار فعل الآخر سببًا في التلف، والأسباب لا يتعلق بها قصاص، كحفر البئر. **لهما**: أنه مما يقتل غالبًا فتعلق به القصاص كالسيف.

[عفى ثم مات من السراية]

[٢٠٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قطع يد رجل أو شجه فعفى المجني عليه عن الجناية أو عن القطع والشجة وما يحدث، فسرى ذلك إلى النفس، فالقياس: أن لا يجب القصاص، والاستحسان: أن تجب [٤٩و] الدية. وقالا: لا شيء فيه.[٢]

أما إذا عفى عن الجناية: فلأن الاسم يتناول الجرح والسراية يقال: هذه جناية فلان وإذا تناول الاسم الجميع صح العفو عنه، وكذلك إذا أبرأ من القطع وما يحدث؛ لأنه عفى عن السراية عند وجود سببها، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها جائز كالبراءة من الدين المؤجل والإبراء عند العفو.

وأما إذا أبرأ من القطع: **فوجه القياس**: أن حقه لم يكن في القطع، وإنما كان في النفس؛ بدلالة أنه لو أراد القصاص في اليد لم يكن له ذلك، فصار هذا مما ليس بحق

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٩٤.

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٠٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٥و.

له، فبقي حقه بحاله كما كان، كمن أبرأ عن درهم وله دنانير. **وجه الاستحسان**: أن القطع سبب في وجوب القصاص في النفس، فإذا أبرأ عن السبب صار ذلك شبهة في سقوط القصاص، والقصاص يسقط بالشبهة.

لهما: أن القطع لما سقط حكمه بالعفو وهو سبب القصاص صار كأنه وقع في الأصل مأذونًا فيه فلا يتعلق بسرايته حكم، كقطع يد المرتد، ومن أذن لرجل في قطع يد رجل فقطعها.

[التعزير على شهادة الزور]

[٢٠٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا تعزير على شاهد الزور. وقالا: يُعزَّر. وكان أصحابنا يقولون: إن رجع على طريق الندم والتوبة لم يعزَّر، وإن كان مُصرًّا عُزِّر.

أما إذا كان مُصِرًّا فلأنه مقيم على معصية فوجب أن يُعاقَب حتى يتركها، كسائر المعاصي. وأما إذا رجع على طريق الندم والتوبة لم يُعزَّر؛ لقوله عليه: «تجافوا عن عقوبة ذي المروءات»،[١] وقوله: «أقيلوا ذوي الهيئات في عثراتهم».[٢] ومن رجع على وجه الندم والتوبة فهو من ذوي الهيئات، فلم يجز أن يُعزَّر. ولأن المقصود بالتعزير الزجر حتى لا يعاود إلى ذلك الفعل، ومن انزجر بنفسه ورجع فلا يحتاج إلى زجر آخر، وهذا هو القياس في الحدود؛ إلا أنهم أوجبوه بعد التوبة على طريق المحنة. وهذا لا يجب إلا بدلالة مبتدأة لم توجد في التعزير. ومن أصحابنا من قال: إنما لم يعزر أبو حنيفة؛ لأنه قال: "يُشهَّر في سوقه" فجعل هذا النوع تعزيرًا له، فلم يجمع إليه غيره.

---

١ **الأصل**، ٥٢٦/١٠؛ **المعجم الصغير** للطبراني، ١١٨/٢ (٨٨٣).

٢ **سنن أبي داود**، ١٣٣/٤ (٤٣٧٥)؛ **صحيح ابن حبان**، ٢٩٦/١ (٩٤).

لهما: أنها معصية ليس لها حد مقدر [٤٩ظ] كسائر المعاصي. ولأنه لا يمنع استيفاؤها بعد التوبة كالحدود.

[تضمين الشهود بالحد]

[٢٠٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهد رجل وعشر نسوة بحدٍ ثم رجعوا: فالضمان عليهم أسداسًا. وقالا: الضمان نصفين.[١]

لأبي حنيفة: أن شهادة كل امرأتين إذا انضمت إلى الرجل كشهادة رجل واحد، فصاروا كستة رجال. ولأن الحكم لو كان لا يتعلق بما زاد على اثنين لم يسمع القاضي شهادتهن، فلما سمع الشهادة وقضى بها دلَّ على تعلق الحكم بها.

لهما: أن النساء وإن كثرن فإنهن بمنزلة رجل واحد؛ بدلالة امتناع قبول شهادتهن، فلم يلزمهن أكثر من ضمان النصف. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن هذا حكمهن حال الانفراد، وخلافنا وقع في حال الاجتماع مع الرجل، فلم يصح اعتبارهن بحال انفرادهن، كما لا يصح ذلك في اعتبار جواز الشهادة.

[ما يحدث الرجل فيضمن به]

[٢٠٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا طُيِّن على حُرٍّ في بيت فمات: لم يضمن. وقالا: يضمن الدية.

لأبي حنيفة: أن تطيين البيت لا يوجب التلف ولا هو متولد منه، وإنما يموت عطشًا وجوعًا، وهذا المعنى ليس من فعله فلم يلزمه ضمان، كمن آذى رجلًا وغمَّه فمات. ولأنه لا يوجد منه إلا ثبوت اليد، والحر لا يُضمَن باليد؛ ولهذا لو كان عبدًا ضمن قيمته. **لهما**: أن فعله صار سببًا في الإتلاف كحافر البئر. وقد روي عن محمد

١ انظر: **الأصل**، ٥٢/١٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٦٨/٨.

فيمن دفن رجلًا: أن عليه القصاص. وهذا صحيح على أصله في القتل بما يقتل غالبًا.

[الوكالة بإثبات القصاص]

[٢٠٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز الوكالة بإثبات القصاص. وقال أبو يوسف: لا يجوز. وروى الحسن عنه: جوازها.[١]

لهما: أن إثبات القصاص سبب فيه، والأسباب يجوز فيها ما لا يجوز في مسبباتها؛ بدلالة ثبوت الإحصان بشهادة شاهدين وإن لم يثبت الرجم[٢] بشهادتهما. ولأن الشبه يعود إلى الاستيفاء دون الثبوت؛ ألا ترى أن إثبات القصاص ليس هو أكثر من دعوى القصاص وسماع البينة والجواب عن الدعوى، وهذا لا شبهة فيه فصار كسائر الحقوق. **وجه قول أبي يوسف**: أن الإثبات يراد للاستيفاء فإذا لم يجز الاستيفاء بما يقوم مقام الغير فكذلك الإثبات.

[بينة أحد الورثة على إثبات القصاص في غيبة الباقين]

[٢٠٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقام [٥٠و] أحد الورثة البينة على إثبات القصاص للميت وباقي الورثة غُيَّبٌ: لزمهم إعادة البينة إذا حضروا استحسانًا. وقالا: لا يُكلَّفون ذلك، وهو القياس.

وجه القياس: أن الوارث إذا أثبت القصاص فإنما يثبته للميت بدلالة أنه لو انتقل مالًا لشبهة صار ميراثًا عنه، وأحد الورثة خصم عن الميت في إثبات حقوقه، أصله الأموال. **وجه الاستحسان**: أن الوارث لا يملك استيفاء القصاص بهذه البينة مع غيبة الباقين، فلم يجز أن يملكوا الاستيفاء بحكمها، فوجب إعادة البينة. ولأن النفس قد

---

١ انظر: **التجريد**، ٣٠٨١/٦.

٢ موضع الجيم والميم مطموس في الأصل.

استعظمت حرمتها؛ ولهذا يجب فيها القسامة، فلم يجز أن يقوم الواحد منهم مقام الآخر مع غيبته، فوجب إعادة البينة.[١]

[كذب الشهود بالقتل]

[٢٠٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهدوا بالقتل، واستوفي القصاص، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا: فولي المقتول بالخيار إن شاء ضمَّن الشهود، وإن شاء ضمَّن القاتل، فإن ضمن الشهود لم يرجعوا على القاتل بشيء. وقالا: لهم الرجوع عليه.[٢]

لأبي حنيفة: أن الشهود يلزمهم ضمان دم العمد، وذلك مما لا قيمة له فلم يملكوه بالضمان، والشهود إنما يرجعون بما يضمنونه إذا انتقل إليهم، فما لا يصح انتقاله إليهم لا يرجعون به. ولا يلزم إذا شهدوا بكتابة عبد ثم رجعوا فضمنوا أنهم يرجعون على المكاتب، وإن كان المكاتب لا ينتقل إليهم؛ لأن المولى لما ضمنهم أقامهم مقام نفسه فيما كان له من مال الكتابة، ومبدل ذلك مما يجوز نقله إلى الغير. ولأن الرجوع بالضمان يتعلق بأحد الشيئين: إما أن يكون المضمون مما يجوز نقله أو [...][٣] سابق ولم يوجد واحد منهما في حق الشهود فلم يلزمهم الرجوع.

لهما: أن مباشرة الإتلاف حصلت من الولي، فصار كغاصب الغاصب. ولأن ولي المقتول أقامهم مقام نفسه فيما كان له من الضمان، فجاز أن يرجعوا به.

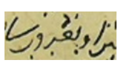
[الجناية بحفر البئر]

[٢٠٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا حفر رجل في الطريق بئرا فوقع فيها ثلاثة تعلق بعضهم ببعض فماتوا، وكل واحد منهم وقع على الآخر، فثلث دية الأول على

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٢ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩ظ.

٣ موضعه كلمة لم أتبين قراءتها في الأصل، وصورته: 

حافر البئر، وثلثها على الثاني، وثلثها هدر. ونصف دية الثاني هدر، ونصفها على الأول، ودية الثالث على الثاني. وقال محمد: دية الأول على حافر البئر، ودية الثاني على الأول، ودية الثالث على الثاني، وهو القياس.[١]

لأبي يوسف: [٥٠ظ] أن الأول مات من الوقوع في البئر ومن وقوع الثاني والثالث عليه، وكلٌّ واحد من ذلك سبب الضمان؛ لجواز أن يكون الموت حدث منه، فما كان من وقوع الثاني فقد حصل بفعل الأول؛ لأنه هو الذي أوقعه على نفسه فسقط حكمه، وبقيت جناية الحفر ووقوع الثالث، فيتعلق بكل واحد منهما ثلث الدية. وأما الثاني فقد مات من جذب الأول، ووقوع الثالث، فما كان من وقوع الثالث فهو هدر؛ لأنه حصل بفعله، فبقي جذب الأول، فكان عليه نصف الدية. وأما الثالث فمات بجذب الثاني فكانت ديته عليه.

لمحمد: أن التلف من الوقوع سبب ظاهر، ووقوع الثالث يجوز أن يحصل منه التلف ويجوز أن لا يحصل، فتعلق الحكم بفعل الأول.

[ما يحدثه الرجل مما يضمن به]

[٢١٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وضع غير أهل المحلة حصيرًا في المسجد فتعثَّر به إنسان فمات فالدية على عاقلة الواضع. وقالا: لا شيء فيه.[٢]

لأبي حنيفة: أن من ليس من أهل المحلة لا يملك إصلاح المسجد إلا بإذنهم، كما لا يملك إقامة إمام فيه، فصار واضعًا فيما يتعلق به حق الغير فلزمه الضمان، كمن بسط حصيرًا في الطريق. ولأن لأهل المحلة منعه من ذلك، كما أن لصاحب الدار منعه

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٣و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٠و.

من وضع شيء في داره، فإذا تعلق الضمان بأحدهما كذلك الآخر. وليس كذلك أهل المحلة؛ لأنهم يملكون الوضع وليس لأحد منعهم منه، فصاروا كمن بسط في ملك نفسه. **يبين الفرق بينهما**: أن أهل المحلة لو حفروا في المسجد بئرًا لم يضمنوا، ولو فعل ذلك من ليس من أهل المحلة ضمن، فدل على اختلافهما.

لهما: أن هذا فعل مأذون فيه مندوب إليه فلم يتعلق به ضمان، كما لو فعله أهل المحلة. **وهذا لا يصح**؛ لأن الإذن في الشيء لا يُسقِط حكم الضمان؛ بدلالة من حفر في فنائه بئرًا أو بناء كان مأذونًا في ذلك وإن تعلق به الضمان.

[جلس في المسجد فتعثر به إنسان]

[٢١١.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا جلس في المسجد لا ينتظر الصلاة، ولا يتشاغل بعبادة كتعليم العلم والاعتكاف فعثر به إنسان فمات: يضمن. وقالا: لا ضمان.[١]

لأبي حنيفة: أن القعود في المسجد [٥١و] لغير القربة ليس بمأذون فيه فكان على شرط السلامة كالقعود في الطريق. **لهما**: أن القعود في المسجد مأذون فيه؛ بدلالة أنه لا يجوز المنع منه، فصار كالقعود للصلاة. وقد كان أبو بكر الرازي يقول: إذا قعد للاعتكاف أو للحكم تعلق به الضمان. وكان شيخنا يقول: لا يتعلق به الضمان؛ لأن هذه قُرَبٌ مأذون في فعلها في المسجد كالصلاة.

[الرجل يأمر غيره بالجناية عليه]

[٢١٢.] **مسألة** روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن من أمر غيره بقتله فقتله عمدًا كان للورثة القصاص، وهو قول زفر. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا شيء على القاتل في العمد والخطأ. وروى ذلك

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٠و.

الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وروى بشر وعلي عن أبي يوسف: أن على القاتل الدية، وهو رواية هشام وابن سماعة عن محمد، قال: وهو استحسان. وروي عن أبي حنيفة مثله.[١]

أما سقوط القصاص: فلأنه لو ثبت لثبت للمقتول؛ بدلالة أنه لو انتقل مالًا كان موروثًا عنه، فلم يجز إثباته له مع إسقاطه. ولأن القصاص يثبت بالجرح، وذلك مأذون فيه، فوقع غير موجب للقصاص، فلم يجز أن يتعلق به في الثاني.

لزفر: أن الأمر بالقتل أمر بما لا يملكه فلم يتعلق به حكم، فصار وجوده وعدمه سواء. وهذا يبطل إذا أمر بقتل عبده؛ لأنه لا يملك الأمر بذلك، وإن تعلق به سقوط القصاص؛ لأنه مالك لدم عبده، ألا ترى أنه لو أقر عليه بجناية خطأ جاز، فكذلك هو مالك لدم نفسه؛ لأنه إذا أقر بجناية قُبِل إقراره. وليس كذلك إذا أقر بقتل أبيه؛ لأنه غير مالك لدمه؛ بدلالة أنه لو أقر عليه بجناية خطأ لم يقبل.

وأما وجه الرواية التي أسقط فيها القود والمال: فهو أن الضمان لو وجب لوجب لحق المقتول، وقد أسقط ذلك بالإذن فوجب إسقاط الضمان.

وأما وجه الرواية التي أوجب الدية: فلأن الإذن يفيد إسقاط حق لم يجب، وذلك لا يتعلق به حكم، كالبراءة من دين لم يجب؛ إلا أن القصاص سقط لشبهة فبقي حكم المال. ولأن إذنه إسقاط لحق ورثته وهو لا يملك ذلك، والقصاص [٥١ظ] لا منفعة فيه للورثة فيملك إسقاطه.

[أذن لرجل في قتل أبيه وهو وارثه]

[٢١٣.] **مسألة** روى علي بن جعد وابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن أذن لرجل في قتل أبيه أو ابنه عمدًا وهو وارثه، لا وارث له غيره، فقتله: وجب

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ١٣٤١ظ.

القصاص، وهو قول أبي يوسف. وروى ابن زياد عن أبي يوسف أنه قال: فيه الدية استحسانًا. وروى هشام عن محمد قال: كان يقول: يقتل به. وقال أبو حنيفة: أستحسن أن آخذ الدية.[١]

وجه الرواية التي أوجب القصاص: أنه غير مالك لدم أبيه، فإذنه له فيه لا يتعلق به حكم فصار وجوده وعدمه سواء. وليس كذلك قتل نفسه وعبده؛ لأنه مالك لدمه ودم عبده فجاز أن يتعلق بإذنه حكم. **ولا يقال**: إنه مالك لدم ابنه؛ بدلالة أنه لا يقتص منه بقتله، **وذلك أن** القصاص يجب، وإنما يسقط بالشبهة؛ ولهذا لم يعلقوا به كفارة وجعلوه حالًا.[٢] **وجه الرواية الأخرى**: أن القصاص لو ثبت لكان استيفاؤه له، وقد أذن في سببه، فصار ذلك شبهة فيه. والقصاص إذا سقط بالشبهة انتقل مالًا.

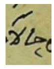
[جناية ما دون النفس تسري إلى النفس]

[٢١٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قطع أصبع رجل عمدًا، ثم قطع الآخر الكف عمدًا فمات: فالقصاص على الثاني. وقال زفر: إذا كان ذلك قبل البرء فالقصاص عليهما.[٣]

لنا: أن الموت لم يحصل من القطع الأول؛ بدلالة أنه لو أوجب الموت لم يتأخر عنه، واتصال الألم قد انقطع بزوال موضع الجرح فصار كزواله بالبرء. **لزفر**: أن القطع الأول قد حصل منه ألم في النفس، فينضم إليه الألم الثاني، ويحصل التلف بهما فيجب القصاص عليهما، كالمشتركين في الجرح.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤١ظ، ٣٤٢و.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩و.

وعلى هذا الخلاف إذا كان قطع الأصبع خطأ وقطع الثاني الكف عمدًا قال أصحابنا: على الثاني القصاص؛ لأن القتل حصل بفعله وهو عمد محض. **وعلى قول زفر**: هما قاتلان. والمخطئ والعامد إذا اشتركا في القتل لم يجب القصاص.

ولو قطع الأصبع عمدًا ثم قطع الآخر الكف خطأ فمات: اقتص عند أبي يوسف في الأصبع، [٥٢و] والدية في النفس. وقال زفر: عليهما الدية ولا قصاص؛ لأنهما قاتلان مخطئ وعامد، فلا قصاص على واحد منهما.[١]

[رجلين قتلا ابن مولى أحدهما، وورث أحدهما]

[٢١٥.] **مسألة** قال أبو يوسف في رجلين قتلا ابن مولى أحدهما عمدًا فمات ابن المقتول وورث أحد القاتلين: سقط القصاص، ويرجع الوارث على شريكه في القتل [...][٢] بنصف الدية. وقال زفر: للوارث أن يقتل شريكه في القتل.

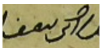
لأبي يوسف: أنه لو وجب القصاص لثبت له في نفس قد استوفاها بفعله، وهذا لا يجوز. ولأن فعل القاتلين كالفعل الواحد، وقد سقط القصاص في حق أحدهما حكمًا، فصار كما لو تبينا أنه في الابتداء لا قصاص. **لزفر**: أن سقوط القصاص في الثاني عن أحد القاتلين لا يسقط عن الآخر، كما لو مات أو عُفي عنه. ولأن الشبهة المؤثرة [ما] قارن الفعل دون ما طرأ عليه.

[قطع يده خطأ ثم قتله عمدًا قبل أن يبرأ]

[٢١٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدًا بحديدة قبل أن يبرأ قتل به، وسقط أرش اليد. فإن قتل بعد البرء فعليه القصاص، وعلى العاقلة دية اليد. وقال زفر: يغرمه دية اليد، ويقتل في الوجهين.[٣]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٢و.

٢ موضع كلمة لم أستطع قراءته في المخطوط، وصورته: 

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٨و، ٣٤٨ظ.

لأبي يوسف: أن ما دون النفس لا يتعلق به حكم مع تلف النفس قبل البرء، **أصله**: إذا كانا خطأً. ولو كانا عمدًا عنده لم يقتص من اليد، فإذا سقط اعتبار ما دون النفس فكأنه قتله. وليس كذلك إذا قتله بعد البرء؛ لأن الجناية الأولى استقرت بالبرء فلم تسقط بالقتل. **لزفر**: أن حكم المباشر مختلف، فصار كما لو تخللهما البرء، وكما لو كانا على شخصين.

[وارثان قتل كل منهما ابن الآخر]

[٢١٧.] **مسألة** قال أبو يوسف في رجلين قتل كل واحد منهما ابن الآخر وكل واحد منهما وارث صاحبه: لم يجب القصاص على واحد منهما ووجبت الدية، ويصير قصاصًا. وقال زفر: يقتص من أحدهما، أيهما شاء الحاكم، ويسقط القصاص عن الآخر. وقال الحسن: يوكِّل كل واحد منهما وكيلًا فيقتص الوكيلان معا.

لأبي يوسف: أن القصاص سقط عن أحد القاتلين لا مَحالة؛ لأن أحدهما إذا ابتدأ بالقتل ورث الآخر دم نفسه فسقط [٥٢ظ] القصاص، وإذا سقط القصاص عن أحدهما فهو غير معين يسقط عن الآخر للشبهة، وصار كالقاتلين إذا عفي عن أحدهما ولم يعرف بعينه. ولأن القاضي لا يجوز أن يبتدئ باستيفاء القصاص لأحدهما؛ لما في ذلك من إسقاط حق الآخر. **وما قاله الحسن ليس بصحيح**: لأن أحد الموتين سبق الآخر في الغالب، فيؤدي إلى إسقاط القصاص عن أحدهما بغير عينه. **لزفر**: أن الحق قد ثبت لكل واحد منهما، والقاضي مخير في الابتداء؛ لأنه لا بد من البداءة، وسقط حق الآخر من طريق الحكم.

[تعدد الجناة والعفو عن أحدهم]

[٢١٨.] **مسألة** قال أبو يوسف في رجلين جرحا رجلًا جراحتين عمدًا فعفى عن أحدهما ثم مات: فالقصاص على الآخر. وقال زفر: لا قصاص على الآخر، وعليه نصف الدية. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله.[١]

لأبي يوسف: أن القصاص تعلق بكل واحدة من الجراحتين، فعفو المجروح عن أحدهما كعفو الولي بعد الموت. **لزفر**: أنه لما عفى قبل الموت خرجت الروح بفعلين لا قصاص في أحدهما، فصار كالخطأ والعمد.

[تعدد الجراحات والعفو عن أحدها]

[٢١٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا جرح رجل جراحتين فعفى عن أحدهما ومات كان عفوًا عنهما. وقال زفر: عليه نصف الدية.[٢]

لأبي يوسف: أن الحق للمجروح، والقاتل واحد، والعفو عن بعض النفس عفو عن جميعها، كما لو كان العفو من الولي بعد الموت عن بعض النفس. **لزفر**: أن القصاص سقط؛ لأن النفس تلفت بجراحتين لا قصاص في إحداهما. وأما الدية: فلأن العفو عن إحدى الجراحتين لا يفيد العفو عن الأخرى، كما لو كانتا من اثنين.

[أولياء الدم أحدهما يعفو والآخر يقتص]

[٢٢٠.] **مسألة** قال أصحابنا في دم عمد بين اثنين عفى أحدهما وقتل الآخر وهو لا يعلم: أن العفو يسقط القصاص، أو لم يسمع بالعفو فلا قصاص عليه. وقال زفر: إذا سمع العفو فعليه القصاص.[٣]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٣و، ٣٤٩ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩ظ، ٣٥٠و.

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٤و، ٣٣٤ظ.

لنا: أن إسقاط أحد الشريكين حقه ليس له تأثير في إسقاط حق الآخر في كل الحقوق، فيجوز أن يشتبه في القصاص، فيصير القاتل مستوفيًا مع ثبوت حقه في الظاهر، والشبهة إذا استندت إلى سبب جاز أن يتعلق [٥٣و] بها سقوط القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة. **لزفر**: أن القتل إتلاف، فلا يختلف فيه العلم والجهل فيما يتعلق به من الحكم، كسائر المتلفات.

[نطح رأسه بحائط فأوضحه]

[٢٢١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا نطح رأس رجل بالحائط فأوضحه: فلا قصاص. وقال زفر: يقتص منه.

لأبي يوسف: أنه لم يباشر رأسه بآلة، وإنما فعل سببًا في الإيضاح، فصار كمن دفع رجلًا على سكين. **لزفر**: أن الشجة لا تختلف باختلاف الآلة، وقد حصل ذلك بفعله فيلزمه القصاص.

[قتيل لا ولي له]

[٢٢٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل الرجل ولا ولي له: فالخيار إلى الإمام إن شاء قتل وإن شاء أخذ الدية. وقال زفر: على القاتل الدية، وعن أبي حنيفة مثله. وقال أبو يوسف: إن كان حربيًا أسلم أقتص، وإن كان لقيطًا فلا قصاص.[١]

لهما: ما روي أن عبيد الله بن عمر لما قتل الهرمزان قال علي لعثمان رضي الله عنهما: «اقتص منه» فلم ينكر عثمان وجوب القصاص، وإنما قال: «هذا رجل من أهل الأرض أنا وليه، وأستقبح أن يقتل أبوه أمس ويقتل هو اليوم، ولكن أعطي الدية»[٢]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٤و.

٢ انظر: **شرح معاني الآثار**، ١٩٣/٣ (٥٠٤٤)؛ **مصنف عبد الرزاق**، ٤٧٨/٦.

فدل ذلك على أن للإمام القصاص. ولأنه لا وارث له فورثه المسلمون، والإمام قائم مقامهم في استيفاء حقوقهم، فصار كالوارث. وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة في القصاص بين الصغير والكبير؛ لما ثبت الحق لهما ولأحدهما. ولأنه كذلك الإمام مشارك للمسلمين في الدم وله ولاية عليهم.

لزفر: أن الإمام يقوم مقام المسلمين في استيفاء القصاص، والقصاص لا يجوز استيفاؤه بذلك كالوكيل. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الوكيل لا يستوفي القصاص، لجواز أن يكون الموكل قد عفى، وهذا المعنى لا يوجد هاهنا؛ لأن العفو عفو المسلمين لا يصح.

لأبي يوسف: أن اللقيط يجوز أن يكون لدمه مستحِق في دار الإسلام، إما من عصبة أبيه أو أمه فلم يجز للإمام استيفاء القصاص مع جهالة المستحِق. وليس كذلك من دخل دار الحرب؛ لأن الظاهر أن لا وارث له في دار الإسلام، فكان للإمام القصاص. [٥٣ظ]

[ما يكون القول فيه للمعتَق]

[اختلاف المولى والمعتق]

[٢٢٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أعتق عبده ثم قال: "قطعت يدك قبل أن أعتقك" وقال العبد: "قطعتها بعد العتق" فالقول قول العبد. وقال محمد وزفر: القول قول المولى.

لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن قطع المولى ليد عبده جناية؛ بدلالة أنه لا يملك ذلك، ومتى اعترف بجناية ثم ادعى معنى يوجب سقوط الضمان لم يُصدَّق، كدعوى البراءة ولاية لما أقر بالجناية ثم ادعى التاريخ، وكل أمر حادث لا يعلم تاريخه يحكم بوقوعه في أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات حال الخصومة فيتعلق به الضمان. ولا

يلزم على هذا إذا قال: "أخذت كسبك" أو قال لأمته: "كنت وطئتك" لأنه لم يعترف بجناية؛ ألا ترى أن المولى يملك هذا المعنى، ومتى لم يعترف بالجناية فأضاف الفعل إلى حالة معلومة لم يجب عليه الضمان. ولا يلزم على هذا إذا قال الحاكم بعد العزل: "قطعت يدك في سرقة أو قصاص"؛ لأن فعل الحاكم ليس بجناية، ومتى لم يعترف بجناية قُبِل قوله في إضافة ذلك إلى حالة معلومة.

لهما: أن المولى اعترف بالقطع وأضافه إلى حال لا يجب فيه الضمان في تلك الحال، فصار كقوله: "أخذت كسبك" وقوله للأمة: "وطئتك".

[أجنبي يقرِّ بجناية على العبد، والمولى يصدقه والمعتق يكذبه]

[٢٢٤.] **مسألة** قال أبو يوسف في الأجنبي يقر بقطع يد هذا العبد حال رقه وصدَّقه المولى وكذَّبه المعتَق: فالقول في ذلك قول المعتَق. وقال زفر: قول المولى.

لأبي يوسف: أنه أقر بفعل هو جناية وادعى تاريخًا سابقًا لينقل الضمان عن المعتق إلى غيره فلم يصدق. **لزفر**: أنه لم يقر للمعتق بشيء وإنما أقر للمولى، فلم يجز أن يلزمه ما لم يقر به.

وعلى هذا الخلاف إذا أسلم المرتد فقال رجل: "قطعت يدك حال ردتك"، وقال المرتد: "بعد ما أسلمت" قال أبو يوسف: القول قول المرتد؛ لأنه اعترف بفعل هو جناية؛ ألا ترى أن المرتد لا يجوز قطع يده، وإنما يجب قتله. ومن أقر بجناية [٥٤و] وادعى تاريخًا يسقط الضمان لم يصدق. وقال زفر: القول قول المقر؛ لأنه لم يعترف على نفسه بضمان، ألا ترى أن قطع يد المرتد لا يقع مضمونًا، فلم يجز أن يلزمه ضمانًا من غير اعتراف.

وقد قال أبو حنيفة ومحمد وزفر في العبد يعتق فقال: "كنت قطعت يد فلان قبل

العتق" فالقول قوله، ولا ضمان عليه. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله. وروى ابن زياد عنه: أنه يضمن.

وجه قولهم: أن جناية العبد لا يتعلق به ضمانها، وإنما يلزم ذلك مولاه، فلم يقر على نفسه بضمان، وإنما أقر على غيره، فلم يلزمه بذلك شيء. **وجه قول أبي يوسف**: أنه أقر بجناية وادعى تاريخًا لينقل الضمان إلى غيره فلا يُصدَّق.

وعلى هذا الخلاف: الحربي يسلم، ثم يقول: "كنت قطعت يدك وأنا حربي".

[قول المقرِّ بالقصاص]

[٢٢٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال [له رجل]: "قتلنا أباك"، ثم قال: "كنا عشرة أحدهم صبي أو مجنون": لم يصدق؛ لأنه أقر بما يوجب القصاص، وادعى مشاركة تسقطه فلا يصدق. وقال زفر: القول قول المقر، لأن حقيقة لفظه تقتضي المشاركة فالقول قوله في تفسير الشريك.

وقد قال أبو يوسف [إذا قال]: "قتلنا أباك" ثم قال: "كنا عشرة" كانت الدية عليه؛ لأن قوله: "قتلنا" يقتضي إضافة القتل إلى نفسه، وإنما يذكر هذا على طريق التعظيم، فإذا قال: "كنا جماعة" فيريد أن يسقط بعض ما لزمه فلا يصدق. وقال زفر: يصدق؛ لأنه فسَّر إقراره بما يحتمله، فمتى وقع الإقرار محتملًا كان تفسيره إلى المقر.

[ضمان اليد الشلاء]

[٢٢٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قطع يدًا شلاء ومات القاطع: يسقط الضمان. وقال محمد: ينتقل مالًا.

لأبي يوسف: أن المستحَق بالقطع القصاص لامتناع أن توجب الجناية الواحدة المال والقصاص، وإنما يثبت له العدول إلى المال لأجل نقصان العضو، فمتى لم يفعل

ذلك حتى مات القاطع سقط حقه، كتلف العضو الذي تعلق به القصاص. **لزفر**: أنه كان مخيرًا بين أحد أمرين فات أحدهما، فتعين الآخر، كمن أعتق أحد عبديه فمات أحدهما.

[الإقرار بقتل خطأ والولي يدعي خلافه]

[٢٢٧.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا ادعى الولي قتل العمد فاعترف القاتل بالخطأ فعليه الدية. وإن ادعى الولي الخطأ [٥٤ظ] فاعترف القاتل بالعمد فلا شيء عليه. وروى زفر عن أبي حنيفة: أنه لا شيء له في الوجهين، وهو قول زفر. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه رجع عن رواية **الأصل**، وقال: للولي الدية في الوجهين.[١]

وجه رواية الأصل: أن الولي إذا ادعى العمد فاعترف القاتل بالخطأ ففي مضمون العمد الخطأ؛ ألا ترى أنه إذا سقط بشبهة انتقل مالًا فصار مصدِقًا له فيما اعترف، ومدعيًا لزيادة عليه فلا يسقط ما ادعاه. وأما إذا ادعى الولي الخطأ فاعترف القاتل بالعمد فقد أكذبه الولي في بعض ما ادعى؛ ألا ترى أن العمد لا يتضمن الخطأ، فيسقط ما اعترف به بتكذيبه، ولا يثبت له ما ادعاه.

وجه رواية زفر: أن كل واحد من الأمرين يخالف الآخر؛ ألا ترى أن أحدهما تعلق به قودٌ وبالآخر المال، فصار كالحقين المختلفين، فلا يكون في أحدهما تصديق الآخر.

لأبي يوسف: أن اختلافهما في صفة القتل شبهة في سقوط القصاص، فيسقط ويبقى المال، فيقضى به على أصلنا: أن دم العمد إذا سقط القصاص فيه لشبهة انتقل مالًا.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٢/٦.

[الخصومة في فقء العين]

[٢٢٨.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا فقأ عين رجل متعمدًا ثم خاصمه وعينه ذاهبة، فزعم أنها "ذهبت بعد فقئه"، وقال المقفوء عينه: "كانت ذاهبة قبل ذلك"، فالقول قوله وعليه الدية. وقال زفر والحسن: القول قول الفاقئ ولا شيء عليه.

لأبي يوسف: أن الفاقئ اعترف بالجناية وادعى البراءة فلا يصدق، كمن قتل رجلًا ثم زعم أنه كان ارتد بعد جرحه. **لزفر**: أن ذهاب العين معنى حادث، فالظاهر أنه وجد في أقرب الأوقات.

[صلح أحد الشريكين عن دم العمد]

[٢٢٩.] **مسألة** قال أبو يوسف في دم عمد بين شريكين صالح أحدهما من نصيبه على ثلاثة آلاف فأجاز شريكه: جاز. وقال زفر: لشريكه خمسة آلاف.

لأبي يوسف: أن الإجازة تلحق بالعقد فكأنه صالح بأمره. **لزفر**: أن أحدهما لما صالح أسقط القصاص في حق شريكه، ولم يثبت الصلح لعدم الإذن، فانتقل نصيبه مالًا، ووجب له خمسة آلاف، فلا يجوز أن يستحق أكثر منها بالصلح، [٥٥و] ولأن الدم لما سقط بالصلح لم يجز أن يلحق العقد إجازة، كتلف المعقود عليه.

[الخيار في الصلح عن دم العمد]

[٢٣٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: يجوز اشتراط الخيار في الصلح من دم العمد من جهة القاتل، ولا يجوز من جهة الولي. وقالا: لا يجوز لواحد منهما، وهو قول زفر.

لأبي حنيفة: أن القاتل من جهته المال، وذلك يجوِّز الفسخ في الصلح؛ ألا ترى أنه لو رد بالعيب انفسخ فيه الملك، وما جاز أن يلحقه الفسخ جاز أن يدخله الخيار كالعوض في البياعات، وليس كذلك إذا شرط الولي الخيار. فإن ألزم على هذا شرط

الخيار في المهر فقد روي عن أبي حنيفة جوازه، فلا يحتاج إلى فرق. وروي عنه: أنه لا يجوز؛ لأنه وإن لحقه الفسخ فالعقد لا ينفك عنه، فجرى مجرى العوض الآخر في امتناع شرط الخيار فيه.

لهما: أن ما لا تصح الإقالة فيه لا يصح فيه خيار الشرط، كالطلاق. ولأن الخيار إذا لم يصح اشتراطه من أحد المتعاقدين لم يصح اشتراطه من الآخر.

[الصلح عن إحدى الجراحتين]

[٢٣١.] **مسألة** قال أبو يوسف إذا جرحه عمدًا فصالحه المجروح عن الجراحة وما يحدث على مئة درهم، ثم جاء آخر فجرحه فمات منهما: إن على الجاني الآخر القصاص. وقال زفر: نصف الدية.

[قال أبو يوسف]: لأن فعل كل واحد منهما عمدٌ سقط القصاص عن أحدهما لمعنى حادث، فأشبه أن يقتلاه عمدًا فيعفو الولي عن أحدهما. **لزفر**: أن سراية إحدى الجراحتين لا يوجب شيئًا لو انفردت، وسراية الجراحة الأخرى يوجب القصاص، فإذا اجتمعا كان ذلك شبهة، فبقي على الآخر نصف الدية.

[دية قطع اليد أو الرجل خطأً]

[٢٣٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: فيمن قطع يدي رجل أو رجليه خطأً ثم إن المقطوعة يداه أو رجلاه ارتد فمات: فإن كان مات من القطع فعلى عاقلته دية، وإن مات من غيره أو قتل فعلى عاقلته ديتان. وقال زفر: على القاطع ديتان.

لأبي يوسف: أن الردة أسقطت حكم السراية؛ لأنها لا تكون أكثر من ابتداء الجناية، ومعلوم أنه لو ثبت حكم السراية لم يجب عليه أكثر من دية واحدة فإذا سقط حكمها أولى. وأما إذا مات من غيرها فقد سقط حكم السراية فكأنه صح من القتل فيجب ديتان. [٥٥ظ]

لزفر: أن السراية لما سقطت حكمها بالردة صار ذلك كالبرء منها فيجب ديتان.

[دية جراحات عدة]

[٢٣٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا جرحه ثلاث جراحات خطأ، فعفى المجروح عن جراحة منهن وعما يحدث منها، ثم مات من تلك الجراحات، فعلى الجارح نصف الدية. ولو مات منهن قبل العفو ثم عفى الورثة عن أرش جراحة وما يحدث منها: كان ذلك عفوًا من الثُّلُث. وقال زفر: في الوجهين يجب على الجارح الثلثان.

لأبي يوسف: أن العفو أسقط حكم إحدى الجراحات فأفردها بالحكم، فكأنها جراحة واحدة، وكأن الجراحتين بفعل آخر فتعلق بكل واحدة النصف. وليس كذلك العفو بعد الموت؛ لأن الجراحات ساوت في خروج الروح؛ لما لم ينفرد بعضها بحكم فتعلق بكل واحد الثُّلُث. **لزفر**: أن كل جراحة تعلق بها الثلث؛ بدلالة أنها لو كانت بعد الموت تعلق بها الثلث، فدل أن ذلك من موجبها، فيتعلق بها قبل الموت هذا الحكم أيضًا.

[دية موضحة أذهبت البصر]

[٢٣٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: فيمن شج رجلًا موضحة خطأ، فذهب منها بصره: فعليه دية البصر وخمسمئة للموضحة، في كل سنة ثلث الدية وثلث أرش الموضحة. وقال زفر: الدية على عاقلته في ثلاث سنين وأرش الموضحة في السنة الأولى.[١]

لأبي يوسف: أن الدية قد استحقت في السنين الثلاثة وأرش الموضحة تابع لها، فوجب أن ينقسم على قدرها. ولأن الأرش كلها إذا أُخذ مع الثلث في سنة واحدة أضر ذلك بالعاقلة، وإذا قسم على السنين كان أخف عليها فهو أولى.

١ انظر: **الأصل**، ٦/٥٦٠.

لزفر: أن أرش الموضحة منفرد عن دية العين فوجب اعتباره مع الدية، كما كان يعتبر حال الانفراد. ولو انفردت الموضحة كانت في السنة الأولى، كذلك إذا اجتمعت مع الدية.

[مقدار الدية على أحد الشريكين بعد العفو عن الآخر]

[٢٣٥.] **مسألة** قال أصحابنا: في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما، فللآخر نصف الدية في ثلاث سنين. وقال زفر: في سنتين، ثلثاها في السنة الأولى، وثلثها في السنة الآخرة.

وجه قولهم: أن هذا جزء من بدل النفس، وبدل النفس في ثلاث سنين، فأجزاؤه مثله، أصله: ما يلزم كل واحد من العاقلة. **لزفر**: [٥٦و] أن الواجب ليس هو من جملة تثبت في ثلاث سنين، وإنما يثبت حكمه بنفسه، فصار كأرش اليد.

[دية التعثر بأحجار]

[٢٣٦.] **مسألة** قال أبو يوسف إذا وضع رجل حجرًا في الطريق، وترك رجلان حجرًا إلى جنبه، فعثر رجل بهما فمات: إن ديته عليهم أثلاثًا. وقال زفر: على المنفرد النصف، وعلى الآخر النصف.

لأبي يوسف: أن التلف حصل بجناية الثلاثة، فكأن كل واحد منهم جرحه؛ ألا ترى أن السبب كمباشرة كل واحد منهما جناية، فإذا اعتبر في المباشرة عدد الجناية كذلك في الآخر. **لزفر**: أن التلف حصل بسببين، فانقسم الضمان عليهما، ثم ما أصاب أحدهما انقسم على الواضعَين نصفين.

[دية الموت بالحائط]

[٢٣٧.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير** في حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فوقع على رجل فمات: ضمن خُمُس الدية عند أبي حنيفة. وقالا: نصف الدية.[١]

لأبي حنيفة: أن التلف حصل بثقل الحائط وذلك مشترك أخماسًا، فوجب أن ينقسم الضمان على ذلك. **لهما**: أن نصيب الشركاء لم يتعلق به حكم لعدم الإشهاد، فصار كالجناية الواحدة، أصله: من جرح رجلًا ونهشته حية وجرحه سبع؛ لما لم يتعلق بذلك ضمان صار كالجناية الواحدة.

[رمى مرتد فأصابه بعد الإسلام]

[٢٣٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا رمى إلى مرتد فأصابه بعد ما أسلم فلا شيء عليه. وقال زفر: عليه الدية. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله.[٢]

لنا: أن الحكم يتعلق بحال الرمي دون حال الإصابة؛ بدلالة أن رجلًا لو رمى إلى صيد فسمى عند الرمي حلَّ، ولو سمى عند الإصابة لم يتعلق به حكم، فدل على أن الرمي كمباشرة الإتلاف. ولأن الإصابة تقع موجبة بالرمي؛ ألا ترى أنها تكون بحسب قوة الرامي وقصده. ولأنه لو رمى ثم مات وحصلت الإصابة كان قاتلًا، ويستحيل أن يكون قاتلًا وهو ميت، فدل على أن الحكم يتعلق بالرمي، فكأنه جرحه وهو مرتد ثم أسلم فمات. **لزفر**: أن الرمي ليس بجناية، بدلالة أنه لو لم يتصل بالإصابة لم يتعلق به حكم، وإنما الجناية الإصابة، فوجب اعتبار حالها، وصار إباحة الرمي شبهة في سقوط القصاص، فوجب الدية.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا رمى عبدًا فأعتق قبل الإصابة [٥٦ظ] ففيه

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥١٤.

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٩٨.

القيمة. وقال زفر: الدية. وقال محمد: ما بين كونه مرميًا إلى كونه غير مرمي. وروى ابن زياد عن أبي يوسف مثله.

أما أبو حنيفة وأبو يوسف: مضيا على أصلهما أن المعتبر حال الرمي، فكأنه قتله ثم أعتقه المولى. **وأما زفر**: فبنى على أصله أن المعتبر بحال الإصابة، فكأنه قتله وهو حر. **وأما محمد** فقال: إن الرمي يوجب نقصًا في القيمة في العادة، وهو كمباشرة الجرح، والإصابة كالسراية، ومعلوم أن من جرح عبدًا فأعتقه مولاه سقط حكم السراية بالعتق، وضمن نقصان الجرح، فكذلك يضمن النقصان الحاصل من قيمته بالرمي.

وقد قال أبو حنيفة: إذا رمى مسلما فارتد قبل الإصابة فعليه الدية. وقالا: لا شيء عليه. **أما أبو حنيفة** فبنى على أصله الذي قدمنا: أن الرمي كمباشرة الجناية، فكأنه قتله وهو مسلم. **وهما يقولان**: إن الرمي كالجراحة، والإصابة كالسراية، فصار كمن جرح مسلمًا فارتد ثم مات.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قطع يد مسلم فارتد ثم أسلم فمات: فعليه الدية. وقال محمد: عليه دية اليد.

لهما: أن المعتبر في الجراحة الطرف، وقد حصل القطع وهو ممن يتعلق بقطعه الضمان، والسراية حصلت وهو كذلك، فلم يعتبر ما بينهما، كحلال في الحل رمى صيدًا في الحل فمر السهم فأصابه في الحرم. **لمحمد**: أن الردة براءة من السراية؛ بدلالة أنه لو مات لم يجب ضمان، وإذا سقط حكم السراية لم يجز القود. **وفرَّق بين هذه المسألة وبين العبد المرمي** وقال: رمي العبد يوجب نقصان قيمته، فأمكن التضمين فيه، ورمي الحر وجواز السراية لا يوجب نقصان بدل نفسه، فلم يجب التضمين.

[قتل المسلم مستأمنًا]

[٢٣٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل المسلم مستأمنًا فلا قصاص، وهو المشهور من قول أبي يوسف. وروى أصحاب الإملاء عنه: أنه يقتص له من المسلم والذمي.[١]

لهما قوله عليه السلام: «**لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده**».[٢] وقد ثبت أن المراد به الكافر المستأمن؛ لامتناع حمله على الذمي. ولأن دم الحربي مباح، وإنما دخله [٥٧و] حظر مؤجل، ودخول التأجيل في الشيء لا يمنع كونه مستحقًا، فلم يجز إيجاب القصاص مع ثبوت معنى الإباحة، فكان المستأمن على حكم دار الحرب، ولهذا لا يقام عليه الحدود، فصار كأنه في دار الحرب. **لأبي يوسف**: أن محقون الدم بالأمان كالذمي.

[عبد قتل قريب مواليه فعفى أحدهما]

[٢٤٠.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير**: في عبد بين رجلين قتل وليًا[٣] لهما فعفى أحد الموليين بطلت الدية كلها في قول أبي حنيفة. وقالا: يقال للذي عفى: "ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية".[٤]

وغلَّط أبو يوسف محمدًا في روايته هذا عن أبي حنيفة وقال: لا خلاف في هذه المسألة أنه يقال له: "ادفع أو افد". وكان أصحابنا يقولون: الخلاف بينهم في عبد قتل مولاه وله وليان فعفى أحدهما قال أبو حنيفة: بطل ذلك كله. وقال أبو يوسف: يقال

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٧٩/٧.

٢ **سنن أبي داود**، ٨٠/٣ (٢٧٥١)؛ **سنن النسائي**، ١٩/٨ (٤٧٣٧).

٣ في هامش المخطوط: أي قريبًا.

٤ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٠٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٩و.

للذي عفى: "ادفع نصف نصيبه إلى شريكك أو افده بربع الدية". وفي بعض النسخ محمد مع أبي يوسف، والصحيح أنه مع أبي حنيفة ذكره في **الزيادات**.[١]

أما وجه مسألة الجامع وهي اتفاق:[٢] أن أحد المولِيين لما عفى ثبت نصف الدية مالًا للمقتول، وهو أجنبي من العبد يجوز أن يثبت له الديون عليه، فما كان منها في نصيب الذي لم يعف سقط، وما كان في نصيب العافي خوطب فيه بالدفع والفداء.

وأما وجه قولهما في مسألة الخلاف: فهو أن العبد لما عفي عنه تثبت الدية للمقتول؛ بدلالة أن ديونه تقضى منها، وينفذ وصاياه، والمقتول لا يجوز أن يثبت له دين على العبد؛ لأنه ملكه فسقط ذلك. ولا يلزم على هذا إذا قتلت أم الولد مولاها وله وليان فعفى أحدهما؛ لأن ابن شجاع ذكر عن أبي حنيفة: أنها كالعبد، وسقط الجميع، فعلى هذا لا يحتاج إلى فرق. **والمشهور عنه**: أن ذلك لا يسقط. **والفرق بينهما**: أن أم الولد تعتق بموت المولى، فثبت الضمان بالعفو وهي حرة، فيجوز أن يثبت للمولى عليها ضمان. وقد ذكر ابن شجاع عن أبي يوسف في مسألة أم الولد روايتين.

وجه قول أبي يوسف: أن أحدهما لما عفى انتقل نصيب الآخر مالًا، وكلُّ واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي، فجاز أن يثبت له دين فيه كالعبدين. [٥٧ظ]

[الجناية بحفر البئر في ملك مشترك]

[٢٤١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: في دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرًا أو بنى حائطًا فوقع إنسان في البئر أو عثر بالحائط، فعلى الحافر والباني ثلثا الدية. وقالا: نصف الدية.[٣]

---

١ **منتخب الزيادات**، ٤١ظ، ٤٢و.

٢ في هامش المخطوط: أي لا خلاف فيها.

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٢ظ، ٣٤٣و.

لأبي حنيفة: أنه مأذون له في البناء في ملكه غير مأذون في نصيب شريكه، فما كان مأذونًا [فيه] لا يتعلق به الضمان، وما لم يكن مأذونًا [فيه] تعلق به الضمان، كدار غيره المفردة، فيضمن مقدار نصيبهما وهو الثلثان. **لهما**: أن نصيبهما جهته جهة واحدة، فصار كجناية واحدة. ولو أن رجلًا جرح رجلًا وجرحه آخر جراحتين: تعلق على الأجنبي النصف كذلك هذا.

[الجناية بحفر البئر في الطريق]

[٢٤٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا حفر العبد بئرا في الطريق بغير إذن سيده، فوقع فيها حر، وأعتقه المولى وهو يعلم: يلزمه ضمان الدية. فإن وقع بعد ذلك أحد لم يلزم المولى ضمان، وشارك أولياء الثاني أولياء الأول في الدية، يتصرف الأولون فيها بالدية، والآخرون بالقيمة. وقالا: يلزم المولى للآخرين نصف القيمة.

والكلام في هذه المسألة يقع في موضعين: أحدهما: قدر الواجب من الجناية. **والثاني**: محل الوجوب.

والذي يدل على أن الوجوب يتعلق بما أخذه الأولياء، ولا يلزم المولى ضمان: أن تسليم الدية كتسليم العبد الجاني بالجناية؛ ألا ترى أن كل واحد منهما موجَب بالجناية، فإذا كان لو دفع العبد ثم دفع في البئر إنسان شارك الأولياء الثاني في العبد، ولم يضمنوا المولى، فكذلك في الدية.

والذي يدل على أن مقدار الواجب قيمة كاملة: أن المولى بالعتق نقل موجب الجناية إلى ذمته، فتفرغت الذمة، فعادت الجناية الثاني كالأولى، فيكون موجبها قيمة كاملة.

وإذا ثبت الأصلان قال أبو حنيفة: حق المجني عليه الثاني تعلق بالدية فيصرف فيها بمقدار حقه، وهو قيمة كاملة، ويضرب فيها بالدية. **لهما**: أن الجنايتين لما تعلقتا

بسبب واحد وهو متقدم عليها صار كأنهما وجدتا، فأعتق المولى وهو يعلم بإحدى الجنايتين ولا يعلم بالأخرى: فتلزمه الدية في أحدهما، ونصف القيمة في الأخرى.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن هناك لم تتفرغ [٥٨و] الرقبة من الجناية، وازدحمت الجنايتان، فتعلق حق الثاني بالنصف. وفي مسألتنا تفرغت الرقبة من الجناية فتعلق حق ولي الجناية الثاني بجميعها، كما قال محمد مستشهدًا على ذلك [...][١] لو أقر العبد بالدية ولم يعتقه أما كان عليه أن يدفع نصفه إلى الثاني أو يفديه بنصف الدية. ومعنى هذا: أن المولى في مسألتنا قد اختار أن لا يدفعه في الجناية الأولى، ولم يختر في الثانية شيئًا فصار مثل مسألة الاستشهاد. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن هناك الجنايتان موجودتان حال اختياره للفداء أو الدفع، فكذلك صار المستحق ما ذكره. وفي مسألتنا الجناية الثانية لم تحصل، وإنما حصل الحفر، والحفر يصير جناية من طريق الحكم حال الوقوع، فلم يجز إثباته جناية من جميع الوجوه، فلزمه دية واحدة، كما يلزمه قيمة واحدة، أو اختار إمساكه بالعتق من غير أن يعلم بالجناية.

[الجناية على العبد بفقء العين]

[٢٤٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا فقأ عيني عبدٍ دفعه القاضي إلى الفاقئ، وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه ولا شيء له. وقالا: لصاحب العبد التسليم، وله أن يمسكه ويأخذ النقصان.

لأبي حنيفة: أن إحدى العينين من العبد نصف قيمته، فعيناه جميع القيمة، كعين الحر لما كان في إحداهما نصف الدية كان فيهما الدية. **يبين ذلك**: أن القيمة والدية كل واحد منهما بدل عن النفس. ولا يقال: لا يمتنع أن يجب في إحدى العينين نصف القيمة، ولا يجب فيها القيمة، كما لو فقأ البائع إحدى العينين سقط نصف الثمن، ولو

---

١ موضع كلمة لم أستطع قراءته في الأصل، وصورته: 

فقأهما لم يسقط جميعه؛ وذلك لأن جناية البائع ليست مضمونة في الحقيقة، وإنما يسقط بإزائها من الثمن، فلو جعلنا في عينيه جميع الثمن لبقي العبد للمشتري بغير شيء. وفي مسألتنا إذا جعلنا في مقابلة العين جميع القيمة سلمناه إلى الفاقئ فملكه بها، فلذلك افترقا. فإذا ثبت أن في عينيه جميع القيمة لم يجز للمولى إمساكه وأخذ النقصان؛ لأن في ذلك تغيير موجب الجناية، وهذا لا يصح، كما لو طالب عن جناية العمد بالأرش.

لهما: أن العبد مال، فجاز للمولى إمساكه وأخذ نقصانه، كسائر الأموال.

[قتل عبد رجلين خطأ وعمدًا]

[٢٤٤.] **مسألة** قال [٥٨ظ] في **الجامع الصغير**: «إذا قتل العبد رجلًا خطأ وآخر عمدًا، ولصاحب العمد وليان، فعفى أحدهما، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفًا، عشرة لولي الخطأ وخمسة لولي العمد، فإن دفعه دفعه أثلاثًا في قول أبي حنيفة. وقالا: يدفعه أرباعًا ثلاثة أرباعه لصاحب الخطأ وربعه لصاحب العمد».[١] وقال زفر: نصف الدية إلى ولي الخطأ، وربعها إلى الذي لم يعف، والباقي للمولى. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله.

لأبي حنيفة: أن صاحب الخطأ استحق جميع الدية، وصاحب العمد نصفها، وإذا اختار المولى الدفع دفعه أثلاثًا، كعبد قتل رجلًا خطأ، وفقأ عين آخر. **ولا يقال**: إن ولي الخطأ لو أبرأ لم يستحق صاحب العمد إلا النصف، وصاحب الفقء يستحق الجميع، فدل على الفرق بينهما. **وذلك لأن** المعتبر بحال وجوب الدفع، فإذا كان الثابت ليس هو إلا المال صار كرجلين لأحدهما على العبد ألف وللآخر خمسمائة.

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٠٩.

لهما: أن صاحب الخطأ ثبت حقه في نصف الرقبة من غير مزاحمة، والنصف الآخر ساوى فيه مع صاحب العمد، فكان نصفين.

لزفر: أن حق ولي الخطأ تعلق بالنصف، وحق ولي العمد بالنصف، فإذا أسقط أحدهما حقه سقط، وعاد ما كان متعلقًا به إلى المولى.

[أفضى امرأة والبول لا يستمسك]

[٢٤٥.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير**: إذا أفضى امرأة فإن كان البول لا يستمسك كان عليه جميع الدية، ولا مهر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: عليه المهر والدية.[١]

لهما: أن بالإفضاء لزمه جميع الدية، وهي بدل عن الجملة، والوطء سبب فيها، فلم يلزمه المهر بذلك الوطء، كالأب يطأ جارية ابنه فعَلِقت منه. **ولا يقال**: إن الحد يجب إذا لم يدع الشبهة فإذا ادعى وجب المهر؛ لأن المهر يجب ويقوم جزء من الدية مقامه، وإذا لم يدع الشبهة لم يجب، وكانت الدية بالإتلاف خاصة.

لمحمد: أنهما جنايتان مختلفتان؛ بدلالة أن الإفضاء لو كان خطأً، مثل أن يرمي غرضًا فيصيبها كان على العاقلة، والمهر لا يجب إلا في ماله، وإذا اختلف موجب الجنايتين لم تدخل [٥٩و] إحداهما في الأخرى.

[قتل العبد أجنبيا خطأ وقتل ابن مولاه]

[٢٤٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قتل العبد أجنبيًا خطأ وقتل ابن مولاه، والولي وارثه: دفع إلى الأجنبي نصف الدية. وقال زفر: جميعها.

لأبي يوسف: أن الأجنبي لم يثبت له الحق إلا في نصف الرقبة؛ لأن بدل الجناية

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥١٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٨ظ.

يثبت للمقتول، وكل واحد من المقتولين يثبت له الضمان على العبد، فيقسم الرقبة نصفين، فإذا استحق المولى ما ثبت لابنه صار كولي الأجنبي إذا عفى، فثبت حق الآخر في النصف. **لزفر**: أن الجناية تستقر بالموت دون الجراحة، والمستحق لها المولى، وهو ممن لا يثبت له على عبده دين، فصار كما لو قتل أجنبيًا وعبده مولاه.

[عبد بين رجلين قتل أمة بينهما]

[٢٤٧.] **مسألة** قال أبو يوسف في عبد بين رجلين قتل أمة بينهما: لم يلزم واحد منهما الدفع ولا الفداء. وقال زفر: يقال لكل واحد منهما: "ادفع نصفك إلى شريكك أو افده بدفع قيمة الأمة".

لأبي يوسف: أن الذي ثبت لكل واحد على الآخر بدل ما ثبت للآخر عليه، فلا فائدة للمطالبة، كما لو ثبت له دين على رجل وله عليه مثله. قال ابن شجاع: إن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء: فقياس قول أبي يوسف أن تثبت الجناية لاختلاف موجبها. **لزفر**: أن التخيير له فائدة؛ لجواز أن يختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، فيختلف الموجب.

[جناية الأمة على عبد مولاها]

[٢٤٨.] **مسألة** قال أبو يوسف في عبد لرجل قتل آخر خطأ ثم إن أمة لسيده قتلته فإنه يقال للسيد: "ادفعها إلى ورثة المقتول أو افدها بقيمتها" فتكون كورثة الحر. وقال زفر: يقال لسيدها: "صيرها مكان العبد أو افدها بقيمة العبد" فإن فداها صارت قيمة العبد لأولياء الجناية، وإن دفعها قيل له بعد ذلك: "ادفعها إلى ورثة المقتول أو افدها منهم بالدية". وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله.[1]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٦و.

لأبي يوسف: أن التخيير لو ثبت في دفع الأمة أو فداءها بقيمة العبد لثبت بينه وبين نفسه، وهذا لا يصح فلم يبق إلا أن تقوم الأمة مقامه ويتعلق بها من الجناية ما كان متعلقًا به.

لزفر: أن العبد [٥٥ظ] لما تعلق به حق أولياء الجناية صار في حق مولاه كعبد الغير؛ ألا ترى أن عبد الرهن لما تعلق به حق المرتهن صار المولى كالأجنبي، حتى لو جنى عليه ضمن، ولو جنى عليه عبد له يثبت الخيار، وإذا ثبت هذا صارت جناية أمة المولى على العبد كجناية أمة أجنبي، فيخير بين دفعها وفدائها بقيمة العبد، فإن فداها المولى قامت القيمة مقامها، ولا معنى للتخيير فيها؛ بل تدفع إلى أولياء الجناية، وإن دفعها صارت كالعبد، فخير المولى فيها بين الدفع والفداء.

[قتل العبد خطأً ثم مات مولاه]

[٢٤٩.] **مسألة** روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلًا خطأً، فمات مولاه، فورثه ذو رحم محرم من العبد: عتق، وضمن الوارث قيمته لأولياء الجناية، وهو قول أبي يوسف. وقال زفر: يسعى الغلام في قيمته، ولا يضمن الوارث.

لهما: أن العتق المتعلق بالسبب يجري مجرى الدفع؛ ولهذا يجزئ عن الكفارة؛ إلا أنه لما لم يقع بفعله لم يثبت إلا جناية، فكأنه أعتقه وهو لا يعلم بجناية. ولأنه لو أقر بعد الجناية أن البائع كان أعتقه ضمن، وإن لم يكن العتق موقعًا من جهته، فإذا دفع من جهته أولى. ولا يلزم على هذا ضمانه لشريكه إذا ورثاه؛ لأن العتق الموقع يجوز أن لا يتعلق به ضمان الشريك لحال الاعتبار، فجاز أن يكون عدم الاختيار كالاعتبار. ولأن هناك لو قال البائع: "كان أعتقه" لم يضمن لشريكه، فكذلك لا يضمن إذا وقع العتق بغير اختياره، وفي مسألتنا بخلافه.

لزفر: أن العتق المتعلق بالميراث لا يتعلق به ضمان، دليله: إذا ورثه مع أجنبي.

[قتل العبد رجلًا لوليان، فأعتق، فعفى أحدهما]

[٢٥٠.] **مسألة** إذا قتل العبد رجلًا عمدًا وله وليان، فأعتقه المولى، ثم عفى أحد الوليين، فلا ضمان على المولى، ويسعى العبد للذي لم يعف في نصف قيمته يوم العفو أن لو كان عبدًا. وقال زفر: في نصف قيمته يوم العتق.

أما سقوط الضمان عن المولى: فلأن الحق كان القصاص، وهو لا يسقط بالعتق، فإذا لم يتلف بعتقه حقًا لأولياء الجناية لم يضمن. **وأما ضمان العبد**: [٦٠و] فلأن دمه سلم له بالعفو، وهو حر فانتقل نصيب الذي لم يعف مالًا، فوجب عليه. وإنما لم تجب نصف الدية لأن الجناية وقعت وهو عبد، وجناية العبد لا توجب الدية إلا باختيار مولاه.

وإنما اعتبرت القيمة يوم العفو عند أبي يوسف: لأن المال ثبت في ذلك الوقت والمطالبة بالتسليم مستحق فيه، ولو كانت الرقبة بحالها فلا معتبر بالمنع بالعتق؛ لأن أم الولد منع المولى تسليمها بالاستيلاد، ويعتبر قيمتها يوم الجناية.

وأما زفر: فاعتبر القيمة يوم العتق؛ لأن المولى بالعتق يمنع تسليم الرقبة إلى الولي، فوجب اعتبار القيمة عند المنع.

[في الموضحة تنتقض بعد البرء]

[٢٥١.] **مسألة** قال أبو يوسف في عبد شج رجلًا موضحة، فبرأت ففداه بأرشها، ثم انتقضت، فمات منها: فإن كان فداه بقضاء فليس باختيار، ويخير خيارًا مستقبلًا، وإن كان بغير قضاء فعليه الدية. وقال زفر: يكون مختارًا في الوجهين.

لأبي يوسف: أن القاضي لما أمر بتسليم الأرش -وقد بينا أنه ليس بحق- فقد غلط في حكمه فيفسخ، وعاد الحق بحاله لو لم يكن اختيارًا. وأما إذا كان بغير قضاء

فلأن المولى هو المختار للأرش، فنقل الحق عن رقبة العبد إلى ذمته، ويكون مختارًا. **يبين ذلك**: أن القاضي إذا قضى بالشفعة ثم استحق البدل الذي في العقد فسخ حكمه بالتسليم؛ لوقوعه على فساد، ولو كان المشتري سلَّم بغير قضاء صح التسليم، ولم ينفسخ استحقاق البدل كالبيع المبتدأ.

لزفر: أن الأرش مستحق في الحالين، وقد اختار المولى نقله إلى ذمته، فسقط عن رقبة العبد، فلا ينتقض الأرش، ويكون اختياره لبعضه اختيارًا لجميعه.

[العبد يوصى بعتقه ويجني قبل العتق]

[٢٥٢.] **مسألة** روى الحسن عن زفر في عبد جنى فأوصى مولاه بعتقه وهو لا يعلم بجنايته، أو جنى بعد الوصية ثم مات الموصي، فأعتقه الوارث أو الوصي وهو يعلم: فالقيمة في مال الميت. وكان قول أبي يوسف الأول: أن المعتق يضمن الدية. ولو أوصى بعتقه بعد العلم بجنايته فأعتقه الوصي: فالدية في مال الميت، ومقدار القيمة من جميع المال، والزيادة من الثلث.[١] [٦٠ظ]

أما جواز العتق: فلأن الجناية لا تنفي ملك المولى، فعتق وصيه كعتقه في حال جنايته، فلا يصير الوصي مختارًا؛ لأنه أوقع العتق في ملك غيره، فلم يلزمه ضمان، كالوكيل لأحد الشريكين إذا أعتق، وكأحد الشريكين إذا زعم أن شريكه أعتق. وإنما كانت القيمة في مال الميت: لأن الرق استوفي لوصيه، فكأنه وكَّل من أعتقه وهو حي. وأما إذا أوصى وهو يعلم: فقد وقع العتق بحكم وصيته فجاز ذلك اختيارًا منه، وإنما يكون الفضل على القيمة في الثلث؛ لأنه يمكنه التخلص من ذلك بالدفع فقد أتلف بغير عوض، فيكون من الثلث.

١ انظر: **الأصل**، ٤٥٧/٦.

وأما قول أبي يوسف الأول: فلأن الوارث والوصي لما أعتقا مع العلم فقد أتلفا الرقبة، وحق الولي متعلق بها، فضمن المتلف ما كان يضمنه المولى لو أعتق.

[ما يحدثه العبد الجاني المبيع]

[٢٥٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا جنى العبد في يد البائع وللمشتري الخيار فقبضه: لم يصر مختارًا. وقال زفر: يصير مختارًا.[١]

لأبي يوسف: أن العبد كان على ملكه، وقبضه لا يمنع الدفع، فتركه للفسخ لا يكون اختيارًا. **وزفر يقول**: رضي بتبقيته على ملكه كما لو عرضه على البيع.

[٢٥٤.] **مسألة** روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف في العبد المبيع يجني في يد البائع، فرده المشتري بعيب أو بخيار رؤية: أن الجناية في رقبة العبد، والمشتري ليس بمختار. وقال أبو يوسف: كذلك لو جنى عند المشتري فرده بعيب أو خيار رؤية. وقال زفر: يكون مختارًا في جميع ذلك.

لنا: أن الرد إنما يثبت لحق سابق على الجناية فلا يدل استيفاء حقه على الاختيار. ولأن البيع بهذه الوجوه ينفسخ من أصله، فيصير كأن لم يكن. **لزفر**: أنه نقل الملك في العبد بعد الجناية كما لو باعه.

[٢٥٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أعتق المولى أحد عبديه بغير عينه، فجنى أحدهما، فاختار إيقاع الحرية على الجاني كان مختارًا. وقال زفر: عليه القيمة.[٢]

لأبي يوسف: أن المولى [٦١و] يملك صرف الجناية عن الجاني، فإذا عيَّنه فيه صار كما لو أعتقه ابتداء. ولأن العتق يثبت في الذمة، فالمولى موقع له بإيقاع العتق مع العلم اختيار، وليس كذلك إذا جنيا؛ لأن المولى لا يمكنه التخلص من موجب الجناية؛

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧ظ.

٢ انظر: **نوادر المعلى**، ١٢٧ظ.

ألا ترى أن تعيين العتق لا بد منه، ففي أيهما عينه صار حكمه حكم الآخر، وإذا لم يدل على الاختيار غرم قيمته المعتق ودفع الآخر.

لزفر: أن العتق قد وقع على أحدهما، والمولى يعين ما تقدم وقوعه، فلم يكن مبتدئًا بالعتق، فلا يصير مختارًا.

[٢٥٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لعبده: "إن قتلت فلانًا فأنت حر" فقتله عتق وكان مختارًا. وقال زفر: لا يكون مختارًا.

لهما: أنه أضاف الحرية إلى حال تعلق الجناية بالرقبة فصار كالموقِع لها بعد الجناية، أصله: إذا قال لعبده: "إذا مرضتُ فأنت حر" كان من الثلث. **لزفر**: أنه مستحق للحرية بسبب سابق للجناية، فصار كالمدبرة إذا جنت.

[عفو وليي الدم معًا أو أحدهما بعد الآخر]

[٢٥٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قتل العبد رجلين عمدًا، ولكل واحد وليان فعفى أحد الوليين، كل واحد منهما معًا، أو أحدهما بعد الآخر، قيل للسيد: "ادفع جميع العبد بينهما نصفين أو افده بالدية". روى الحسن هذا عنه وروى ابن أبي مالك عنه قال: إن كان العفو منهما معًا قال له: "ادفع نصفه إلى اللذَين لم يعفوا، أو افده من كل واحد منهما بنصف الدية". وإن عفى أحدهما قبل الآخر دفع إلى كل واحد منهما ألفًا ودفع ألفًا بينهما نصفين، وهو قول زفر، وهو الصحيح على أصولهم.

والوجه فيه: أنهما لما عفيا معًا فإن الدم انتقل مالًا دفعة واحدة، فصار بمنزلة أن يكونا خطأً. ولو قتل اثنين خطأً ولكل واحد منهما وليان فعفى كل واحد منهما انتقل حقهما إلى نصف الدية، وقسمت نصف الرقبة بينهما، كذلك هذا. وأما إذا عفى أحدهما بعد الآخر كان الذي عفى أولًا ينتقل نصيب شريكه مالًا، ويتعلق بنصف الرقبة؛ لأن حقه وحق أولياء القتيل الآخر كان في الجميع، فلا يجوز أن يستحق

من الرقبة ما لا يتعلق حقه به، فلما عفى الآخر ثبت لشريكه نصف الدية، وتعلقت بالنصفين؛ لأن [٦١ظ] الرقبة الآن فارغة من دم العمد، فيثبت ربع الدية في ربع من النصف الفارغ، وربعها في نصف النصف المشغول، فينفرد كل واحد بالربع، ويشتركان في ربع، ويسلم للمولى ربع.

وأما وجه رواية ابن زياد: أن حق كل واحد منهما كان في نصف الدية، فيتعلق حق كل واحد منهما في نصف الرقبة، فيدفع إليهما.

[٢٥٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قتل العبد رجلًا عمدًا وله وليان، فعفى أحدهما، قيل للمولى: "ادفع نصفه إلى الذي لم يعف أو افده بنصف الدية". وروى ابن زياد عن أبي يوسف: أنه يدفع إليه جميع الرقبة.[١]

وجه قولهم المشهور: أن حق الذي لم يعف انتقل مالًا، فتعلق بنصف الرقبة؛ لاستحالة أن ينطلق بما أسقط شريكه حقه عنه، فثبت في النصف. **لأبي يوسف**: أن جناية العمد سقطت، فانتقل نصيب الآخر مالًا بالسبب السابق، فكأنها جناية مبتدأة موجبها نصف الدية، فتعلق بجميع الرقبة.

[الجناية بحفر البئر في الطريق]

[٢٥٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا حفر العبد بئرًا في الطريق، فوقع فيها رجل، ففداه المولى بالدية، ثم وقع فيها آخر قيل للمولى: "ادفع نصفه أو افده بالدية". وقال زفر: يدفع جميعه أو يفديه بالدية.[٢]

لهما: أن الجنايتين تعلقتا بسبب واحد وهو الحفر السابق، وكأنهما وجدتا ابتداء،

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٨/١١.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٥٨/٣، ٢٥٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٢و.

ولا يلزم المولى أن يدفع في إحداهما إلا النصف. **لزفر**: أن الرقبة تفرغت من الجناية، فصارت الثانية كالأولى.

[إقرار المولى بجنايات عبده]

[٢٦٠.] **مسألة** قال الحسن عن أبي يوسف في المولى إذا أقر أن عبده قتل رجلًا خطأ، ثم أقر بمثل ذلك لآخر: إنه يقال له: : "ادفع العبد إلى الأولى أو افده بالدية"، فإن دفعه فلا شيء عليه للآخر، وإن فداه من الأول قيل له: "ادفع نصفه إلى الآخر أو افده بالدية". وروى العباس بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: إن دفع نصفه إلى الثاني فهو مختار للدية من الأول. وقال زفر: يقال للسيد: "ادفعه إليهما أو افده من كل واحد بالدية"، فإن فداه سلم العبد [٦٢و] للسيد، وإن دفعه دفعه إليهما نصفين، وغرم السيد لأولياء الجناية الأولى نصف الدية.

وإن قال: أنا أفديه من الآخر قيل له: "ادفعه إلى الأول كله أو افده بالدية". وإن قال: "أنا أفديه من الأول" قيل له: "ادفع نصفه إلى الآخر أو افده بالدية". أما جواز إقراره بالجناية الثانية: فلأن الرقبة لم تستحق بالجناية الأولى، وإنما هي على ملكه، وتصرفه فيها جائز، فجاز إقراره عليها كالابتداء.

وأما وجه قول أبي يوسف أنه يدفع إلى الأول الجميع: فلأنه إذا اختار الدفع سقط الاختيار، فكأن الحق كان معينًا في الأصل. ومعلوم أنه لو أقر عليه بدين ثم بدين كان الأول أولى، كذلك هذا. وعلى هذا لو أقر أنه رهن، ثم أقر لآخر أنه رهن عنده، سقط حق الثاني؛ لأن الأول استحقه بإقرار متقدم على الإقرار الثاني، فصار كأنه أقر عليه بدين ثم أقر بجناية، وأما إذا فداه من الأول فقد تفرغت الرقبة وسقط حق الأول فينفذ إقرار الثاني.

ووجه الرواية التي قال [فيها] إنه متى دفع النصف إلى الثاني صار مختارًا: فلأن

تسليمه تمليك مبتدأ بعد ثبوت الجناية الأولى، فصار كما لو باع نصفه.

وأما زفر فقال: يدفع إليهما؛ لأنه اعترف لكل واحد منهما بمقدار الدية فصارا متساويين في الحق، فيقسم بينهما نصفين، ويغرم لصاحب الجناية الأولى نصف قيمته؛ لأن الأول استحق الجميع، وقد أتلف على الأول النصف بالدفع إلى الثاني، فيضمنه للأول. وإن فداه من الثاني دفع جميعه إلى الأول؛ لأن الجناية الثانية سقطت، فكأنه لم يكن إلا الأول. وأما إن فداه من الأول دفع إلى الثاني النصف؛ لأن الحق لم يثبت للثاني إلا مع الشركة فلا يستحق أكثر مما اقتضاه المشاركة.

[باع المولى الجاني فرد عليه بقضاء]

[٢٦١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا باع المولى العبد الجاني، وهو لا يعلم بالجناية فرد عليه بقضاء مثل أن يقضى عليه بالقيمة: كان له دفع العبد. وقال زفر: عليه القيمة.

لأبي يوسف: أن البيع إذا رد بقضاء قاض يملكه على حكم الملك الأول، فكأنه لم يبعه. ولأن سقوط الحق عن الرقبة مراعى؛ [٦٢ظ] لجواز أن يعود إليه فيمكن الدفع، فإذا عادت على حكم الملك الأول فكأنها لم تزل عن الملك. **لزفر**: أن الحق بالبيع سقط عن الرقبة، وتعلق بالدية فلا يعود إليها بعد ذلك. وعلى هذا الخلاف إذا وهب العبد ثم رجع في هبته.

[اصطدم فارسان فماتا]

[٢٦٢.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا اصطدم الفارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر. وقال زفر: نصف الدية.[١]

---

١ انظر: **الأصل**، ١٩/٧؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٧ظ.

لنا: أن كل واحد تلف بفعل صاحبه وتقريب نفسه إليه، فصار كمن وضع حجرًا في الطريق فصدمه رجل فمات: أن على الواضع جميع الدية، ولا يعتبر فعل المقتول في الصدم كذلك هذا. **لزفر**: أن كل واحد منهما تلف بفعلين، صدمة صاحبه وصدم صاحبه له، فصار كمن جرح رجلًا وجرح الرجل نفسه، فمات منهما.

قال الطحاوي: قياس قولهما في السفينتين إذا اصطدمتا بفعل الملاح أو الراكب: أن يضمن كل واحد منهما دية الأنفس. وإن كانت بغير فعل أحد لم يضمن الأنفس، ويضمن الملاح المال في قول من يضمن الأجير المشترك.[1] وهذا صحيح؛ لأن السفينة متى غرقت بفعل الملاح ضمن، ولم يعتبر تقريب الآخر فيه، كالمصطدمين. وأما إذا كانت من غير فعله فهو هدر، كجناية الدابة.

[٢٦٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا غصب صبيًا فنهشته حية أو وقع عليه حائط ضمن ديته. وقال زفر: لا يضمن.

لنا: أن الصبي لا يمكنه حفظ نفسه، وهذا المعنى يختص بمكان دون مكان، فإذا قربه منه وهو لا يمكنه الحفظ ضمن، كما لو ألقي عليه ذلك. ولا يلزم إذا غصب كبيرًا؛ لأنه يمكنه التحفظ، فلو ضمناه لضمناه باليد. ولهذا المعنى قلنا: لو قيَّده وأوثقه ثم تركه في بيت ضمن. **لزفر**: أن الحر لا يُضمن باليد كالكبير.

[أعتق عبده بعد قطع يده فمات]

[٢٦٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أعتق عبده بعد ما قطعت يده، فمات: فعلى القاطع نصف القيمة. وقال أبو يوسف: ما نقصته.

أما سقوط السراية: فلأنها تثبت لمن لم تثبت له الجناية، وقد حصلت الجناية وأرشها للمولى، فلم يجز إثبات سرايتها [٦٣و] له مع زوال ملكه، ولا للعبد؛ لأنه لم

١ انظر: **مختصر الطحاوي**، ٢٤٩، ٢٥١.

يكن له حق حال المطالبة. **وأما قطع اليد**: فعلى قول أبي حنيفة: إنه مقدر. وعند أبي يوسف: لا يتقدر كضمان الأموال.

[عبد محجور أمر عبدًا محجورًا بالقتل]

[٢٦٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة في عبد محجور أمر عبدًا محجورًا عليه أن يقتل رجلًا فقتله، فمولى القاتل بالخيار: إن شاء دفع، وإن شاء فدى. فإن أعتق العبد الآمر رجع المأمور عليه فأخذ منه قيمة عبده المأمور. ولو كان العبد أمر صبيًا حرًا فقتل رجلًا فالدية على عاقلة الصبي، فإن أعتق العبد لم يرجع عليه بشيء. وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف: أن الآمر إذا أعتق رجع عليه المولى بضمان المال، ولم يرجع عليه بضمان الجناية.

وروى الحسن عن زفر في عبد أمر صبيًا بقتل رجل فقتله: فعلى عاقلة الصبي الدية، ثم ترجع عاقلة الصبي على سيد العبد فيقال له: "ادفع العبد إلى العاقلة أو افده بالدية". وقال أبو يوسف: على عاقلة الصبي الدية، ثم يرجعون على العبد إذا أعتق بالأقل من الدية أو قيمة العبد.[١]

أما وجوب الضمان على الآمر: فلأنه قد صار مستعمِلًا للعبد حين أمره بالقتل ورقبة العبد مال، فيصير غاصبًا له ويدخل في ضمانه، كما لو استعمله، وإذا صار غاصبًا فما يتولد من جنايته مضمون عليه. وليس كذلك إذا أمر صبيًا؛ لأنه لا يصير مضمونًا بالغصب، وإذا ضمن العبد لزمه الضمان في حال الرق والحرية.

وأما أبو يوسف فقال: يضمن بعد الحرية استهلاك المال، ولا يضمن الجناية؛ لأن هذا ضمان تعلق بفعله، فما كان من جناية -ولا يكون أمره أكثر من مباشرته- فلا يلزمه بعد الحرية. وليس كذلك الدين؛ لأنه لا يسقط عنه بالحرية، بل يستوفى منه. وإنما قال

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٠٨.

أبو يوسف: إن عاقلة الصبي يرجعون على العبد إذا أعتق؛ لأنه يصير مغصوبًا فبقي الضمان متعلقًا بقول العبد، فيتأخر إلى حال الحرية، كما لو أقر بدين.

وأما قول زفر "إنهم يطالبون المولى في الحال": فلأنه لما حمل الصبي على الفعل صار آلة له، مثل أن يكره رجلًا على قتل آخر، فيضمن العبد في الحال، وكما لو أخذ بيده فضربه.

[هل يضمن الجمل إذا صال فقتل]

[٢٦٦.] **مسألة** المشهور عن أصحابنا: أن الجمل إذا صال على إنسان فقتله: ضمن قيمته. وعن أبي يوسف قال: أستقبح أن أضمنه.[١] [٦٣ظ]

لنا: أن مالكه يملك إباحة إتلافه، فلم يسقط ضمانه بسببٍ لم يأذن فيه، كالطعام. ولا يلزم العبد إذا صال؛ لأن مالكه لا يملك الإذن في إتلافه، ولهذا قالوا في السبع إذا صال على المحرم: لا يُضمن؛ لأن ضمانه لحق الله تعالى، وقد أذن في إتلافه. **ولا يلزم عليه**: إذا اضطر المحرم إلى قتل الصيد؛ لأن الضرورة لا تحصل في الإتلاف، وإنما تحصل في الأكل فحصل الإتلاف غير مضطر إليه. ولأنه لو أتلف مال غيره لضرورة لو تولد فيها تلف كان هدرًا، فوجب أن تلزمه قيمته، مثل من احتاج إلى طعام غيره فأكله.

لأبي يوسف: أنه مأذون في إتلافه بسبب ظاهر، فأشبه العبد إذا صال والسبع إذا صال على المحرم.

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٠٩/٦.

[الجناية على دابة فيما دون النفس]

[٢٦٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا فقأ عين دابة أو بعير أو بقرة ففيها ربع قيمتها استحسانًا. وقالا: فيها ما نقص، وهو القياس، وعن زفر مثله.[١]

وجه القياس: أن أعضاءها لما لم تتقدر لم يتقدر أرش عينها كالشاة. **وجه الاستحسان**: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في عين الدابة بربع قيمتها، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير منهم.[٢] ولأن منافعها لما كثرت صارت كالآدمي. ولأنه حيوان يستحق به سهم من المغنم فأثر ذلك في تقدير أرشها، كالآدمي.

ومن أصحابنا من قال: إن في عينها الربع إذا اتفق بلوغ نقصانها ذلك. وهذا يبطل الخلاف، ولا معنى إذن للاستحسان.

[جناية المدبرة وأم الولد]

[٢٦٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قتلت المدبرة أو أم الولد رجلًا لزم المولى الأقل من قيمتها ومن الدية، إلا أن يكون قيمتها أكثر من الدية، فيلزمه عشرة آلاف، إلا عشرة عند أبي حنيفة ومحمد، فإن قتلت آخر شارك أولياؤه الأولين، ولم يلزم المولى ضمان آخر. وقال زفر: يلزمه قيمة أخرى.[٣]

لنا: أن المولى يضمن جنايات المدبر بالمنع السابق، فكأن الجنايتين وجدتا فدبر المولى وهو لا يعلم. ولأن المنع مع [٦٤و] تقدم الجناية آكد من المنع قبل وجودها، فإذا لم يوجب هناك إلا قيمة واحدة فهذا أولى. **لزفر**: أن المولى لما أدى القيمة

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥١٧.

٢ انظر: **مصنف عبد الرزاق**، ٧٧/١٠ (١٨٤٢٣)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٦٨/١٤ (٢٧٩٦٤).

٣ انظر: **الأصل**، ٤٠/١١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٧ظ، ٣٣٨و.

تفرغت الرقبة من الجناية، فصارت الثانية كالأولى، وصار كالعبد يفديه المولى ثم يجني جناية أخرى.

[إتلاف المدبر المال]

[٢٦٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أتلف المدبر مالًا استسعى فيه، ولم يلزم المولى ضمان. وروي عن أبي يوسف: أن المولى يضمن قيمة المدبر.[١]

لهما: أن ديون العبد تتعلق بذمته، بدلالة أنه يطالَب بها بعد الحرية، والدية موجودة بعد التدبير من غير إتلاف، والاستيفاء ممكن بينهما، فلم يلزم المولى ضمان. وليس كذلك الجناية؛ لأنها تتعلق بالرقبة، بدلالة أن العبد لا يضمنها بعد الحرية، فإذا منع المولى من تسليم الرقبة لزمه الضمان. **لأبي يوسف**: أن ديون العبد تتعلق بذمته وتستحق فيها رقبته، وقد منع المولى من ذلك بالتدبير، فحل محل الجناية.

[جناية العبد في يد الغاصب ثم رده لمولاه]

[٢٧٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قتل العبد في يد الغاصب رجلًا، ثم رده على مولاه فقتل في يده آخر، فدفعه المولى إليهما رجع على الغاصب بنصف قيمة العبد، ويأخذها منه ولي الجناية الأولى، ويرجع المولى بمثلها على الغاصب فيكون له. وقال زفر وأبو يوسف ومحمد: يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمته فيكون له، ولا يرجع ولي الجناية الأولى بشيء منها.[٢]

لأبي حنيفة: أن حق ولي الجناية الأولى تعلق بجميع الرقبة، وإنما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة، وما أخذه المولى من الغاصب قد حيي مما كان حقه متعلقًا به، فوجب أن يكون به أولى، **أصله**: إذا قتل العبد الجاني رجلًا فأخذ المولى قيمته، فإن

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/٧٩.

٢ انظر: **الأصل**، ٦/٤٦٢، ٤٦٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٨و، ٣٤٨ظ.

ولي الجناية أحق بها منه؛ لأنها حييت مما كان حقه متعلقًا به. ولأن العبد الجاني لو كان موجودًا وحق ولي الجناية الثانية قد سقط كان ولي الجناية الأولى أحق به، فإذا وجد جزء من بدله لا يتعلق به حق ولي الجناية الثانية كان أولى به أيضًا كالأصل. **ولا يلزم على ما قدمنا** وليَ الجناية؛ لأنه لا يستحق أكثر من نصف الرقبة، لأن حقه متعلق برقبة معينة بالجناية، فلم يستحقها بكمالها، فكذلك [٦٤ظ] لم يرجع فيما حيي منها.

لهما: أن نصف القيمة التي رجع بها المولى على الغاصب بدل عن نصف الرقبة التي أخذها ولي الجناية الأولى؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يكون بدلًا عن النصف الآخر، وذلك النصف لم يستحق بسبب كان في يد الغاصب، وإذا ثبت أنه بدل عما سلم لولي الجناية الأولى لم يجز أن يرجع به فيسلم له البدل والمبدل. ولأن القاضي لما قضى بالرقبة بينهما للتزاحم أسقط حق كل واحد منهما عما قضى به للآخر، فكأنه لم يثبت إلا في النصف. وهذا ليس بصحيح. أما قولهما: "إنه لا يجوز أن يستحق وبدله" فهذا غير ممتنع؛ ألا ترى أن المولى يضمن غاصب المدبر قيمته مع بقائه على ملكه، فتسلم له الرقبة وقيمتها. وأما قولهما: "إن القاضي قد أسقط حق كل واحد منهما بالتزاحم" فليس بصحيح؛ لأن العبد لو جنى أولًا في يد المولى، فغصبه غاصب، فجنى في يده فدفعه المولى إليهما، رجع على الغاصب بنصف القيمة، واستحقها صاحب الجناية الأولى، وإن كان القاضي قضى بالرقبة بينهما للتزاحم فدلَّ على بطلان ما قالاه.

[جناية العبد المغصوب على الغاصب]

[٢٧١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا جنى العبد المغصوب على الغاصب أو على ماله فهو هدر. وقالا: ثبتت الجناية.[1]

لأبي حنيفة: أن جناية العبد المغصوب كمباشرة الغاصب لها، بدلالة أنه لو جنى

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٦٠/٣.

على أجنبي كان من ضمانه، فصار كأن الغاصب جنى على نفسه. ولأن رقبته مضمونه عليه، وما يلزم المولى بحكم جنايته يرجع به عليه، فلو رجع الغاصب على المولى لرجع المولى عليه، فلا معنى لإثبات الضمان.

لهما: أن في ثبوت الجناية فائدة؛ ألا ترى أن أرشها قد يكون أكثر من القيمة، فيرجع على المولى بالأرش، ويرجع المولى عليه بالقيمة، فيسلم له الفضل. وإذا كان فيها فائدة جاز إثباتها.

وقد فرع على هذا الأصل: إذا غصب عبدًا وجارية من رجل واحد، فقتل كل واحد منهما عنده قتيلًا، ثم إن العبد قتل الجارية، فعلى الغاصب تسليم [٦٥و] العبد وقيمة الجارية؛ لأن الجارية مضمونة بالغصب، ولم يرجع إلى المالك، ولا يجوز إسقاط ضمانها؛ لأنها جناية ملك المالك بعضه على بعض، لأن الجارية تعلق برقبتها حق الجناية للأجنبي، فثبتت جناية عبد المولى عليها، كما لو لم يكن غصبًا، ويدفع المولى القيمة إلى ولي القتيل الذي قتلته الجارية؛ لأن جنايتها كانت متعلقة بالرقبة، والقيمة حييت من الرقبة، ويرجع المولى بها على الغاصب؛ لأنها استحقه بسبب كان في يده ثم يخير المولى في الغلام بين الدفع والفداء، فإن فداه بالدية رجع على الغاصب بقيمته؛ لأن بدل رقبته استحق بسبب كان في يده، فكأن الرقبة استحقت.

وإن دفع العبد رجع بقيمته على الغاصب في قول أبي حنيفة؛ لأن الرقبة استحقت لسبب كان في يده. **ولا يقال**: إن العبد قتل الجارية، والغاصب قد ملكها بالضمان، فلو رجع المولى عليه بقيمة العبد لرجع بها الغاصب للجناية المتعلقة بها. **لأن** ملك الغاصب لرقبته بالضمان ليس بأكثر من أن يكون مالكًا ابتداء، ومن أصله: أن جناية المغصوب لا تثبت على مال الغاصب.

وأما على قولهما: فجناية العبد المغصوب تثبت على مال الغاصب، فلما ملك

الجارية بسبب متقدم، ثم اختار المولى الفداء فقد ثبت للغاصب عليه مثل ما ثبت له على الغاصب، فلو رجع المولى عليه بقيمة العبد لرجع الغاصب عليه بقيمة الجارية، فيصير أحدهما قصاصًا بالآخر. فإن اختار الدفع دفعه إلى ولي القتيل وإلى الغاصب؛ لأن في رقبته قيمة الجارية ودية الرجل، إن قدَّرنا القيمة بألفٍ قُسِم العبد على أحد عشر سهمًا، عشرة منها لولي القتيل وسهم للغاصب، ويرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد؛ لأنه استحق بسبب كان عنده فيدفع منها إلى ولي القتيل جزء من أحد عشر جزءً؛ لأنه كان يستحق جميع العبد، ولم يسلم له هذا الجزء، وقد حيي ذلك، فله أن يستوفيه، ثم يرجع به على الغاصب؛ لأنه لم يسلم له، ولا يشبه الدفع الفداء؛ لأن الدفع لما حصل للغاصب استوفى حقه، فإذا رجع عليه لم يثبت له حق [٦٥ظ] الرجوع حتى يصير قصاصًا، وفي الفداء لم يسلم له شيء من العبد، فله عليه قيمته، فيصير قصاصًا.

[جناية العبد المغصوب على ملكه]

[٢٧٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: جناية العبد المغصوب على ملكه أو على ماله ثابتة، ويضمن الغاصب منها الأقل من الأرش أو قيمة العبد. وقالا: هو هدر.

لأبي حنيفة: أن جناية المضمون كمباشرة الضامن، بدلالة أنها لو كانت على أجنبي كانت من ضمانه، وجناية الغاصب على المغصوب منه ثابتة، كذلك جناية العبد لما كانت من ضمانه. ولأنه لما لزمته جنايته على الأجنبي لزمته جنايته على سائر الناس كالمالك. **لهما**: أن جنايته على مولاه موجبها المال، والمولى لا يثبت له على عبده دين.

[جناية العبد المغصوب على الغاصب وغيره]

[٢٧٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غصب رجلان من رجل عبدًا فقَتل عندهما قتيلًا ثم إنه قتل أحد الغاصبين: فالنصف الذي في ضمان المقتول لولي القتيل الأول خاصة، ثم يضرب ولي القتيل الأول في النصف الآخر بنصف الدية، ويضرب فيها أولياء الغاصب المقتول بنصف الدية، فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب الحي، وفي تركة المقتول بقيمة العبد.

وهذا على أصله: أن جناية الغصب على الغاصب هدر، والعبد غصب في أيديهما، كل واحد منهما غاصب لنصفه، فلم يثبت حكم جناية النصف الآخر عليه؛ لأنه ليس بغصب في يده، وإذا لم يتعلق حق ولي الغاصب المقتول بالنصف سلم لولي الأجنبي، ثم تساويا في النصف الآخر كل واحد منهما له فيه نصف الدية، فيقسم بينهما، ثم يرجع المولى في تركة المقتول بالنصف الذي أخذه ولي الأجنبي؛ لأنه جناية من هو في ضمانه، ويرجع على الحي بالنصف الذي أخذه الأجنبي وولي الغاصب المقتول؛ لأن ذلك استحق بجناية كانت في يده، وهذه القيمة قد حييت من العبد الجاني، وقد كان حق ولي جناية الأجنبي متعلقًا بالرقبة [٦٦و] فسقط عنها ربعها بالمزاحمة، فما حيي منها يرجع به، فيأخذ ربع القيمة، ثم يرجع بها المولى على الغاصب الحي خاصة؛ لأن هذا مستحق لجناية ما كان في يده؛ ألا ترى أن النصف الذي كان في يدي المقتول سلم للأجنبي من غير مزاحمة. وإنما حصلت المزاحمة في النصف الذي كان في يد الحي.

وأما أبو يوسف فقال: يقال للمولى: "ادفعه إلى أولياء القتيلين نصفين" ويرجع على الغاصبين بقيمته، فيدفع نصفها إلى ولي القتيل الأول، ثم يرجع به المولى فيكون به؛ وذلك لأن من أصله: أن جناية العبد على الغاصب ثابتة، فيتساوى الغاصب والأجنبي في رقبة العبد، فدفعت إليهما، ثم يرجع المولى بالقيمة؛ لأنها استحقت بسبب كان في أيديهما، ويرجع ولي الأجنبي فيها بالنصف؛ لأن حقه كان متعلقًا بجميع الرقبة، فسقط

عن بعضها بالمزاحمة، فما حيي منها تعلق به حقه، ولا يرجع ولي الغاصب بشيء؛ لأن حقه لم يتعلق إلا برقبة معينة بالجناية، فلم يثبت في جميعها، وحق ولي الجناية الأولى ثبت في رقبة غير معينة فتعلق بجميعها.

وقال محمد: لا يدفع شيئًا من هذه القيمة إلى أولياء القتيل الأول؛ لأنه بدل عما استحقه الأول فلا يجوز أن يستحق الشيء وبدله، وهذا على أصل قد قدمناه.

[جنايات المكاتب]

[٢٧٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا جنى المكاتب جنايات ففيها قيمة واحدة، فإن قضي عليه بالأولى ثم جنى: ففيها قيمة أخرى. وقال زفر: في كل جناية الأقل من أرشها ومن قيمته.[١]

وهذا فرع على اختلافهم في جنايات المكاتب: هل تتعلق برقبته أم لا؟ فعندنا تتعلق برقبته إلى أن يحكم الحاكم. وقال زفر: تتعلق بذمته.

لنا: أن رقبة المكاتب يجوز أن يتأتى فيها التسليم بأن يعجز، فتعلقت الجناية برقبته كالعبد. ولأن رقبته على ملك المولى، وإنما منع التصرف لمعنى عارض يرجى زواله، فصار كالإباق. وإذا ثبت أن جنايته تتعلق برقبته، وإنما يتعذر الدفع بالمنع السابق، فصار كما لو أعتق العبد الجاني [٦٦ظ] وهو لا يعلم، فيلزمه قيمة واحدة. ولأن الرقبة تتضايق عن الحقوق، فلا يجوز أن يثبت فيها أكثر من القيمة. وليس كذلك إذا قضى القاضي بالجناية الأولى؛ لأن التسليم لما تعذر أسقط القاضي المراعاة، ونقل الجناية إلى الذمة، فصار حكمه بعد ذلك كالابتداء. وليس يمتنع أن يثبت حكم الشيء على طريق المراعاة فتزول المراعاة بحكم الحاكم ولولا حكمه لبقيت المراعاة، كالعبد المعيب إذا وجد في يد المشتري: كان حق الرد مراعى، فإذا حكم الحاكم بمنع الرد لأجل الحمى سقطت المراعاة، فلم يثبت الرد أبدًا.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٨و، ٣٣٨ظ.

لزفر: أن تسليم المكاتب في الجناية متعذر، فصار كأم الولد. وذكر بعد هذا: إذا أقر المكاتب بجنايةِ عمدٍ فصالح منها، ثم عجز، ولم يقض عليه بالجناية في العتاق.

[جناية المكاتب وعجزه]

[٢٧٥.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا جنى المكاتب ثم عجز، ولم يقض عليه بالجناية: خير المولى بين الدفع والفداء، وإن كان قضي بها بيع فيها. وقال زفر: يباع في الوجهين.[١]

وهذا فرع على ما تقدم: أن عندنا مال لم يقض القاضي بالجناية، فهي متعلقة بالرقبة، فإذا عجز يخير المولى، وإذا قضى انتقلت إلى الذمة، فصار كسائر الديون فيباع فيها. وعلى أصل زفر: في الوجهين جميعًا متعلقة بالذمة.

وعلى أصل أصحابنا: إذا أقر المكاتب بجناية خطأ ثم عجز لم يستوف منه إلا بعد الحرية. وقال زفر: يباع فيها.

لنا: أن أرش الخطأ يتعلق برقبته، والمولى لم يأذن للمكاتب في تعليق الحقوق بقربته. وإنما لزمه ذلك لأن المستحق به كسبه وهو أحق بكسبه، وإذا عجز لم يثبت في حق المولى. **وعلى أصله**: أن جنايته تتعلق بذمته، فصار كإقراره بدين.

وعلى هذا قالوا: إذا أقر بقتل عمدٍ، وللمقتول وليان، فعفى أحدهما ثم عجز المكاتب: لم يطالب إلا بعد الحرية؛ لأنه لا يملك الإقرار بحكم الجناية العمد، وإنما يثبت المال في الحال؛ لأنه أحق بأكسابه، فإذا عجز لم يثبت في حق المولى. **وعلى** [٦٧و] **أصله**: أن ذلك يتعلق بالذمة دون الرقبة، فصار كالدين.

وعلى هذا قالوا: في المكاتب إذا جنى جناية خطأ ثم عجز فأعتقه المولى كان مختارًا. وقال زفر: لا يصير مختارًا. **لأن من أصلهم**: أن جنايته متعلقة برقبته فإذا

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٨ظ.

أعتقه المولى صار مختارًا، كالعبد. **وعلى أصل زفر**: الأرش ثابت في ذمته، فإذا أعتقه المولى لم يلزمه ضمان المديون.

[جنايات المدبر]

[ضمان المولى جنايات المدبر]

[٢٧٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا جنى المدبر جناية، فدفع المولى قيمته بغير قضاء، ثم جنى جناية أخرى: فولي الجناية الثانية بالخيار إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، ورجع بها المولى على ولي الجناية الأولى، وإن شاء ضمن ولي الجناية الأولى. وإن كان دفع إلى الأول بقضاء فلا خيار له، وإنما يرجع على ولي الجناية الأولى. وقالا: ليس له تضمين المولى في الوجهين.[١]

لأبي حنيفة: إن جنايات المدبر تلزم المولى؛ لأنه صار مانعًا بالسبب السابق، فتستند جميعًا إلى تلك الحال، وتصير كالموجود، لولا ذلك لم يلزم المولى ضمان بأمر سابق، وإذا جعلت الجنايات كالموجودة في ذلك الوقت فكأنه جنى جنايتين، فدفع المولى القيمة إلى أحدهما. والذي يبين ذلك: أن الجناية الثانية كالموجودة في ذلك الوقت؛ لثبوت حق المشاركة للثاني مع الأول، فلولا أن حقه كالموجود لم يكن له المشاركة معه. وليس يمتنع أن تكون الجناية موجودة في الحال، وإن كانت في الحكم كالموجودة في زمان سابق، أصله من حفر بئرًا في الطريق ثم مات، فوقع فيها إنسان. وإذا ثبت أن الجنايتين كالموجودتين فقد سلم المولى إلى ولي الأولى ما تعلق به حق الثاني بغير أمره، فرجع به عليه. وليس كذلك إذا سلم إليه بقضاء؛ لأن يده زالت عن ذلك بغير فعله، فلم يلزمه ضمانه. وصار كمن أقر لرجل بعين في يده ثم أقر بها لآخر، فإن سلمها إلى الأول بغير قضاء ضمن للثاني، وإن سلمها بقضاء لم يضمن له.

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٨و.

لهما: أن المولى سلم القيمة إلى الأول، وحق الثاني لم يثبت، فلم يوجد منه تفريط في التسليم، فلم يلزمه ضمان.

[مدبر قتل رجلين فعفى أحد ولييهما]

[٢٧٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: في مدبر قتل رجلين أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفى أحد وليي العمد فالقسمة بينهم أثلاثًا. وقالا: أرباعًا. وقد بينا [٦٧ظ] هذه المسألة في العبد، والكلام في قيمة المدبر كالكلام في رقبة العبد.[١]

وعلى هذا الخلاف إذا قتل المدبر رجلًا عمدًا، وله وليان فعفى أحدهما، فللآخر نصف القيمة في قولهم. فإن قتل آخر خطأ فللآخر نصف القيمة على المولى، وله نصف ما أخذ الأول، فيكون لولي القتيل الآخر نصف القيمة على المولى وله نصف ما أخذ الأول، فيكون لولي القتيل الآخر ثلاثة أرباع القيمة، وللأول ربعها، وهذا قولهما، كما لو كانت الجنايتان معًا. فأما على قياس قول أبي حنيفة: أن القيمة مقسومًا أثلاثًا، وأن الثاني يرجع على الأول بثلث ما أخذ حتى يسلم له ثلثا القيمة.

[جناية المدبر في يد الغاصب وبعد رده لمولاه]

[٢٧٨.] **مسألة** إذا غصب رجل مدبرًا، فقتل عنده قتيلًا، ثم رده إلى مولاه فقبل بذلك، أو أقر في يد الغاصب بقتل، فرده إلى المولى فقتل في يده: كان للمولى أن يرجع بالقيمة في الوجهين جميعًا في قياس قول أبي حنيفة؛ لأنه استحق بسبب كان في يد الغاصب، وهو مضمون عليه، فكأنه رده إلى يده فتلف. وهذا على قياس قوله في العبد إذا قتل في يد المشتري بسبب كان في يد البائع: إنه يرجع بجميع الثمن.

وأما قياس قولهما: إذا كان المشتري يرجع بالنقصان فهو ما بين كونه حلال الدم وحرام الدم، فكذلك في مسألتنا؛ لما قتل في يدي المالك بعد زوال يد الغاصب وصار

---

١ انظر: المسألة رقم: ٢٥٠، ٢٥٧.

استيفاء القصاص عيبًا حادثًا فلا يلزم الغاصب إلا النقصان. وعلى هذا لو أقر بسرقة في يده، أو ارتد فرده على المولى، فقطع أو قتل.

ويجوز أن يفرقا بين البيع والغصب؛ لأن البيع وقع فيه التسليم، وصار في ضمان المشتري بالثمن، فمتى تلف كان على ملكه مقدار ما سلم له الملك فيه، ووجوب القصاص لا يبقي الملك، فلم يلزم البائع أكثر من نقصان العيب. وليس كذلك الغصب؛ لأنه متلف على ملك المغصوب قبل القبض وبعده، ورجوعه إلى يده لا يوجب ضمانًا عليه في الرقبة، فصار تلفه في يده بسبب متقدم قبل عوده إلى يده وبعده سواء.

[٢٧٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا غصب مدبرًا فقَتل عنده [٦٨و] قتيلًا خطأ، ثم رده على مولاه، فقتل عند المولى آخر خطأ: فعلى المولى قيمته بينهما، ثم يرجع بنصف ذلك على الغاصب، فيكون للأول، ثم يرجع بها على الغاصب إيفاءً. وقال زفر ومحمد: يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة، فيسلم له، وقد بينا ذلك في العبد المغصوب، فالمدبر مثله.[١]

وعلى هذا إذا قتل المدبر في يد الغاصب قتيلًا فرده على المولى فقتل عنده رجلين، فعلى المولى قيمة واحدة بينهم أثلاثًا، ثم يرجع المولى بثلث القيمة، فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع بها، فيدفع ذلك أيضًا إليه حتى يكمل له قيمة، ثم يرجع بثلث القيمة فيسلم له. وقال محمد وزفر: يرجع بثلث القيمة فيسلم له. وهذا فرع على مسألة الغصب.

[٢٨٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قتل المدبر رجلًا خطأ، ثم غصبه رجل فقتل عنده رجلًا عمدًا، ثم رده إلى المولى: فإنه يقتل، ويقضى على المولى بقيمته

---

١ انظر: **الأصل**، ٨٨/٧.

لصاحب الخطأ، فإن عفى أحد وليي العمد فالقيمة بينهم أثلاثًا في قول أبي حنيفة: ثلثاها لصاحب الخطأ، وثلثًا لصاحب العمد.[1]

وينبغي على قوله: أن يرجع بثلث القيمة على الغاصب؛ لأن هذا الثلث استحق بسبب كان في يده، ويدفعه إلى ولي الخطأ؛ ليحصل في يده قيمة كاملة. ويرجع بثلث آخر؛ لأن الثلث الأول لم يسلم له، فيرجع بمثله ليسلم له.

وقالا: تكون القيمة بينهما أرباعًا: ثلاثة أرباعها لصاحب الخطأ، وربعها لصاحب العمد. فعلى هذا القول: يرجع المولى على الغاصب بالربع؛ لأن هذا القدر استحق بسبب كان في يده.

ولا يجيء في هذه المسألة خلاف زفر ومحمد الذي قدمنا؛ لأن هذا الربع الذي يأخذه صاحب الخطأ بدل عن الذي استحقه صاحب العمد بسبب حصل ضمانه على الغاصب، وليس ببدل عن شيء استحقه حتى يكون اجتمع فيه البدل والمبدل؛ فلذلك فارقت هذه المسألة التي قبلها.

قال: ولو اغتصب مدبرًا، فقتل عنده رجلًا عمدًا، ثم رده على مولاه فقتل عنده آخر خطأ بعد ما عفى أحد وليي العمد: فإن على المولى قيمته بينهما أثلاثًا في قول أبي حنيفة، وعندهما أرباعًا على ما قدمنا، ثم يرجع المولى على الغاصب بالثلث، [٦٨ظ] فيدفع منه إلى ولي الدم تمام نصف هذا الثلث، ثم يرجع بنصف آخر فيسلم له قيمة كاملة. وأما على قولهما: فيرجع على الغاصب بربع القيمة.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يدفع هذا الربع إلى ولي الدم ليتم له نصف قيمة كاملة، ثم يرجع بدفع قيمة أخرى، فيسلم له. **وأما على قول محمد**

---

[1] انظر: **الأصل**، ٨٨/٧.

وزفر: فالربع الذي أخذه يسلم له، ولا يدفعه إلى ولي الجناية العمد؛ لأنه بدل عن الربع الذي استحقه ولي جناية العمد، فلا يجوز أن يسلم له البدل والمبدل.

[جناية المدبر عمدًا وخطأ]

[٢٨١.] **مسألة ذكر في الأصل**: في المدبر يقتل رجلًا عمدًا، ثم قتل أحد موليه خطأ بعد ما عفى أحد وليي العمد: فإن على المولى الباقي، نصف قيمة المدبر، نصفها لولي المولى المقتول، والنصف الآخر بينه وبين الذي لم يعف من صاحبي العمد نصفين، وعلى ورثة القتيل في مال القتيل ربع قيمته.[١]

وعلى هذا قولهما؛ لأنه لما قتل عمدًا وجب القصاص، ولما عفى أحد الوليين انتقل نصيب الآخر مالًا، وثبت في نصفي المدبر ربع في نصيب الحي وربع في نصيب المقتول، فلما قتل مولاه خطأ هدر نصف دمه، وثبت نصفه؛ لأنه مات من جناية عبده وعبد غيره، فجناية عبده تسقط، وجناية عبد شريكه تثبت، فثبت له نصف القيمة في نصيب الحي، فتصادف ربعًا فارغًا، فالفارغ يسلم له بلا منازعة، والربع المشغول فيه للذي لم يعف ربع القيمة، فتساويا فيه، فيكون بينهما نصفين، وقد استوفى ولي المولى المقتول من هذا النصف ثلاثة أثمان قيمة العبد، ثم يرجع الأجنبي بالربع الذي ثبت له في مال المقتول؛ لأنه لا منازع له فيه، فيحصل ثلاثة أثمان قيمة العبد.

وقال أبو حنيفة: النصف الذي حصل على المولى الحي يقسم أثلاثًا على أصله للذي تقدم. والذي ذكره في **الأصل** قولهما، ولم يذكر قول أبي حنيفة.

[٢٨٢.] **مسألة قال في الأصل**: إذا غصب المدبر أحد موليه فقتل عنده قتيلًا [٦٩و] خطأ، ثم رده فقتل آخر عمدًا، وله وليان فعفى أحدهما: فإن عليهما قيمته، لصاحب الخطأ ثلاثة أرباعها، ولصاحب العمد الذي لم يعف ربعها، ويرجع المولى

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/٩٠، ٩١.

الذي لم يغصب على الذي غصب بثلاثة أرباع نصف قيمته، فيردها على صاحب الخطأ من ذلك ثمن قيمة العبد، ويرجع بذلك على الغاصب، ولم يذكر خلافًا. وقد قيل: إن هذا قول أبي يوسف.[١]

فأما على قول أبي حنيفة: يدفع القيمة أثلاثًا، ثم يرجع الذي لم يغصب بثلثي نصف قيمة المدبر، ثم يأخذ ولي الخطأ سدس القيمة من ذلك. **والوجه في ذلك**: أن المدبر لما قتل خطأ لزم كل واحد من المولين نصف قيمته لولي الخطأ، فلما رده الغاصب على شريكه ثم قتل آخر عمدًا فعفى أحد وليه تحول نصيب الآخر مالًا، وهو نصف القيمة، وهذا النصف منقسم على الموليين، فنصف كل واحد من النصفين لصاحب الخطأ؛ لأنه لا منازعة لأحد فيه، فبقي في يد كل واحد من الموليين ربع القيمة، وقد ثبت لصاحب الخطأ في كل واحد من الربعين ربع القيمة، وكذلك الذي لم يعف من وليي العمد، فيكون ذلك بينهما: يأخذ صاحب الخطأ نصف كل واحد من الربعين، ويأخذ الذي لم يعف أيضًا نصف كل واحد من الربعين، فيحصل للذي لم يعف من هذه القيمة الربع ثمنًا مما أخذ من يد هذا، وثمنًا مما أخذ من يد ذلك، وحصل في يد صاحب الخطأ ثلاثة أرباع القيمة، ثم يرجع المولى الذي لم يعف على الغاصب بثلاثة أرباع نصف قيمة المدبر؛ لأنه يقول: "قد استحقت هذه الثلاثة الأرباع بسبب كان في يد الغاصب"، فيرجع به عليه. وإذا أخذه يرد من ذلك على صاحب الخطأ ثُمن قيمة العبد؛ لأنه يقول: "هذا شيء حيي من العبد وقد كان هو مستحقا لنصف القيمة"، فله حق الرجوع حتى يستوفي جميع حقه.

وينبغي أن يكون على قول أبي حنيفة ثلاثة أرباع نصف قيمة المدبر الذي يأخذه المولى الذي لم يغصب مقسومًا في قول أبي حنيفة أثلاثًا، الثلثان لصاحب الخطأ،

---

١ انظر: **الأصل**، ٩١/٧.

والثلث لصاحب العمد، فما حصل لولي الذي قتل خطأ فنصفه من المولى الغاصب، ونصفه من المولى الذي لم يغصب، ويرجع الذي لم يغصب على الغاصب [٦٩ظ] بما ضمن من ذلك، ويرجع صاحب الخطأ عليه بنصف ما أخذ، وهو السدس فيحصل له تمام حقه، ويرجع هو بمثله على الغاصب في قول أبي حنيفة. وعلى قول زفر ومحمد: يدفع القيمة أرباعًا، فنصف الثلاثة الأرباع من مال الغاصب، فيرجع به المولى عليه، فيسلم له.

[قتل المدبر رجلين أو ثلاثة]

[٢٨٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قتل المدبر رجلين أو ثلاثة فعلى السيد قيمة واحدة بينهم أثلاثًا. وقال زفر: لورثة كل واحد القيمة على السيد.[١]

لنا: أن ضمان المولى يتعلق بالسبب السابق المانع من تسليم الرقبة، فصار كأن الجنايات موجودة فدبره وهو لا يعلم. **لزفر**: أن جناية المدبر لما لم تتعلق برقبته لامتناع تسليمها في الجناية لم تحصل إلا وهي دين، وأحد الديتين لا يدخل في الآخر، فكذلك أرش الجناية.

وعلى هذا الخلاف: إذا قتلت أم الولد رجلين أو ثلاثة فعلى المولى قيمة واحدة؛ لأن أم الولد لو أمكن دفعها لم يستحق على المولى أكثر منها، فإذا تعذر ذلك من غير اختيار لم يلزم المولى أكثر من قيمة واحدة، **أصله**: إذا أعتق عبده بعد ما جنى وهو لا يعلم. **وأما زفر فقال**: لكل واحد قيمة؛ لأن المعنى الذي أوجب الضمان للأول منع المولى تسليم الرقبة، وهذا المعنى موجود في الثاني.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٣٨و.

[إتلاف المدبر مالًا]

[٢٨٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أتلف المدبر مالًا فللغرماء أن يضمنوا المولى قيمة المدبر، أو يستسعوا المدبر في جميع قيمة المتلف، فإن ضمنوا المولى لم يرجعوا بالباقي على المدبر حتى يعتق. وقال زفر: يرجعون بالباقي عليه في الحال.[١]

لأبي يوسف: أن الضمان ثبت لهم من أحد وجهين، فإذا اختاروا أحدهما سقط الآخر، كما لو باعوا المأذون وأخذوا ثمنه لم يكن لهم مطالبة إلا بعد العتق. ولأن أكسابه للمولى، فإذا ضمنوا المولى ثم طالبوا المدبر فكأنهم ألزموا المولى أكثر من القيمة. وأما بعد الحرية فالكسب ليس هو للمولى، فلم يكن في مطالبته إلزام المولى أكثر من القيمة. **لزفر**: أن لهم استسعاء العبد في جميع الدين، فما أخذوه من المولى فكأنهم أخذوه من أكساب [٧٠و] المدبر، فلا يمنع ذلك من مطالبة المدبر بما بقي.

[ضمان المولى قيمة المدبر وأم الولد بالجناية]

[٢٨٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: يضمن المولى قيمة المدبر وأم الولد بالجناية مدبرًا. وقال زفر: يضمن قيمته عبدًا. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثله.

لأبي يوسف: أن النقص الحاصل بالتدبير يعد من الجناية فلا يعتد به على المولى، كما لو كان قطع يده. **لزفر**: أن المولى بالتدبير مانع من تسليمه، فكأنه جنى ثم دبره.

قال أبو يوسف: فإن جنى وقيمته ألف، ثم جنى وقيمته ألفان، فألف لولي الجناية الثانية، لا حق للأول فيها، والألف الأخرى يضرب فيها للأول بالأرش، والثاني بما بقي له. وقال زفر: للأول ألف، وللثاني ألفان. **وهذا فرع على أصله**: أن الواجب بكل جناية قيمة. **وعند أبي يوسف**: الواجب بجناياته كلها قيمة واحدة.

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/٧٩.

[ولد جارية بين شريكين أتت به ادعي بعد جنايته]

[٢٨٦.] **مسألة** قال أبو يوسف في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعاه أحدهما بعد ما جنى: فإن كان يعلم فعليه الدية، وإن كان لا يعلم فعليه القيمة. وقال زفر: إن كان يعلم فعليه نصف الدية ونصف القيمة.

لأبي يوسف: أن الولد بالدعوة ينتقل نصيب الشريك منه إليه، ويصير بمنزلة ما كان على ملكه قبل الدعوة. **لزفر**: أن نصيبه من الولد عتق باختياره بعد تعلق الجناية، فكأنه أعتقه بالإيقاع، والنصف الآخر ادعاه وهو على ملك الغير، والعتق في ملك الغير لا يكون اختيارًا، كالوكيل إذا أعتق العبد الجاني.

وعلى هذا إذا جنت الجارية، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر، فادعاه أحد الشريكين وهو يعلم، فعليه جميع الدية؛ لأنه بدعواه مختار لموجب الجناية. وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فعليه نصف القيمة لشريكه، ونصف القيمة لأولياء الجناية؛ لأنه أتلفها بالعلوق الحادث بعد الجناية، فكأنه قتلها، فلا يلزمه للشريك ولأولياء الجناية أكثر من قيمة. **وأما زفر فقال**: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر فعليه نصف الدية ونصف القيمة؛ لأن دعوته في ملكه اختيار، ودعوته في ملك الشريك ليس باختيار على ما قاله في الولد.

وعلى هذا قال أبو يوسف: إذا باع جارية فولدت عند المشتري وجنت، ثم ادعى البائع [٧٠ظ] ولدها فسخ البيع وصار مختارًا؛ لأن النسب يثبت بالعلوق، فكأن الجارية لم تزل على ملكه حتى جنت فادعى ولدها. **وقال زفر**: عليه القيمة؛ لأن الجناية لم تتعلق بملكه، والاختيار يكون في ملك الإنسان، وإذا لم يصر مختارًا فقد أتلف الرقبة، فصار كمن قتل الأمة الجانية، فلا يلزمه إلا القيمة.

[ضمان جنين الأمة]

[٢٨٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر ومحمد فيمن ضرب بطن أمة فألقت جنينًا ميتًا: فعلى الضارب نصف عُشر قيمته إن كان غلامًا، وعشر قيمته إن كانت جارية. وروى ابن زياد عن أبي يوسف: أنه لا شيء فيه إلا أن ينقص.[١]

وهذا فرع على اختلافهم في ضمان جناية الأمة: فعندنا: أن ضمانها ضمان الجنايات، فيضمن جنينها كالحرة. **وعند أبي يوسف:** ضمانها ضمان الأموال، فهو كجنين الشاة، فيضمن فيه نقصان الأم. وقد قال أبو حنيفة: إن الضارب يلزمه أرش الجنين ونقصان الولادة، هكذا رواه الحسن. **وفرق بين هذا وبين ولد المغصوبة:** لأن ضمان الجنين والنقصان كل واحد مضمون بفعله، فيصير كالجنايتين، ولا يدخل أحدهما في الآخر. وليس كذلك ولد المغصوبة؛ لأنه غير مضمون على الغاصب وإنما هو أمانة، فجاز أن يجبر به النقصان الذي هو مضمون عليه.

ويجوز أن يكون الذي قاله أبو حنيفة القياس. وقد نقل الحسن القياس مذهبًا. ويكون الاستحسان في هذه المسألة كمسألة الغاصب، ويقوم الأرش مقام ما فات بالولادة؛ لأن الولادة سبب في أحد الموضعين، كما هي سبب في الآخر. ويجوز أن يكون وضع المسألة: على أن النقصان حصل بضربه دون الولادة، ولا يكون انفصال الولد هو السبب. فإن كان الأمر على هذا الوجه فالجواب الصحيح والأشبه بمذاهبهم: أنه مثل ولد المغصوبة، وقد روي ذلك عن أبي يوسف نصًّا.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٥٧/٦، ٢٨/١١؛ **الحجة على أهل المدينة**، ٢٨٦/٤: ٢٨٩؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٣/٦، ٢٤.

[٢٨٨.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا ضرب بطن أمة حامل فأعتقها مولاها، ثم ألقت جنينًا ميتًا: فلا شيء على الضارب في الجنين، ولا في نقصان الولادة؛ لأن ضمان الجنين متعلق بالانفصال فيجري مجرى سراية الضرب فيسقط العتق. وقال زفر: يُقوَّم الجنين حيًا مضروبًا، وحيًا غير مضروب، فينظر ما نقصته الضربة، فيضمن نصف عُشره [٧١و] في الغلام وعشره في الجارية؛ لأن ذلك نقص حصل بالضرب، وما بعده بالسراية، فيضمن المباشرة وتسقط السراية، ولا يضمن نقصان الولادة؛ لأن ذلك حادث بعد العتق، فيسقط كما تسقط السراية.

وذكر بعد هذا: من قطع يد عبد عمدًا فأعتقه مولاه، ثم مات من ذلك: فإن كان المولى وارثه لا وارث له غيره فله القصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا قصاص. وقد بينا ذلك في المكاتب.

[إتلاف الحيوان إثر الإرسال]

[٢٨٩.] **مسألة** قال الطحاوي: إذا أرسل طائرًا أو أغرى كلبًا فأصاب إنسانًا لم يضمن.[١] وقال أبو يوسف: عليه ضمانه. وقال محمد: إن كان سائقًا أو قائدًا ضمن. وكان أصحابنا يقولون: الصحيح أنه يضمن ما أصاب في فوره مثل الدابة إذا أرسلها.[٢]

وجه ما قاله الطحاوي: أن يده متى زالت عن الحيوان -والتلف يكون بإحداث فعل مبتدأ- سقط الإرسال معه، كالدابة إذا عرجت يمينًا وشمالًا سقط حكم الإرسال مع ذلك. **لأبي يوسف**: أن إرساله سبب في الإتلاف؛ بدلالة أنه لو فعل ذلك في الحرم

---

١ **مختصر الطحاوي**، ٢٥١.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٦/٧٠، ٧١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٨و.

ضمن الصيود، كذلك يضمن في الآدمي. **ومحمد يقول**: إذا كان قائدًا أو سائقًا فقد قربه من الجناية فيلزمه الضمان، ومتى لم يكن كذلك فقد زالت يده عنه فلا يضمن.

[الحائط يميل في الطريق]

[٢٩٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أشهد في الحائط المائل فسقط في الطريق فعثر به إنسان لم يضمن صاحب الحائط. وقال محمد: يضمن.[١]

لأبي يوسف: أن ما وقع عليه الإشهاد زال عن مكانه، وحصل في مكان آخر بفعله، ولم يطالب بإزالة يده عنه، فصار كما لو وقع من غير إشهاد. **لمحمد**: أنه تعدى بترك نقض الحائط، فإذا حصل في الطريق فقد حصل على وجه التعدي، فيضمن ما تولد منه، كما لو وضعه في الطريق بنفسه.

* * *

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٣ظ.

[تتمة] كتاب الجنايات[١]

[اختلاف مولى المدبر وولي الجناية]

[٢٩١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قتل المدبر قتيلًا، واختلف المولى وولي الجناية في قيمة المدبر عند القتل، واتفقا أن القتل متقدم، فالقول قول من تشهد له القيمة في الحال. ثم رجع فقال: القول قول المولى، وهو قول محمد.

وجه قوله الأول: أن الظاهر كون المدبر [٧١ظ] على حالة لم تتغير، فمن زعم أن قيمته تغيرت فهو مخالف للظاهر، فلا يلتفت إلى قوله. ولأن شاهد الحال ظاهر يرجع إليه، فكان القول قول من يشهد له ذلك الظاهر، كمن ابتاع عبدين فمات أحدهما، ثم وجد بالآخر عيبًا، فأراد رده، فاختلفا في قيمته: كان القول قول من تشهد له القيمة في الحال. وكذلك إذا هدم المشتري بناء الدار، وأراد الشفيع أخذ العرصة فاختلفا في قيمتها، فالقول قول من يشهد له الحال.

فإن ألزم على هذا: إذا أعتق أحد الشريكين، ثم اختلفا بعده[٢] مدة في قيمة العبد وقت العتق. **قلنا**: من أصحابنا من قال: هذا مثل مسألتنا عند أبي يوسف. **ومنهم من فرَّق بينهما** فقال: إن هناك عتق البعض أوجب عتق الجميع، فلا يصح تقويم الحر، وهاهنا يمكن تقويم المدبر. ولأن ضمان العتق مبني على التخفيف؛ بدلالة إسقاطه في الحال حال الإعسار، فلذلك كان القول قول المعتق.

---

١ هذا استكمال لمسائل كتاب الجنايات التي مرت والتبويب هنا بهذا العنوان «كتاب الجنايات» هكذا في المخطوط، وإلا فالكلام السابق داخل فيه من مسائل القصاص والقسامة وغيرها.

٢ لعل الصواب: بعد.

وجه قوله الثاني، وهو قول محمد: أن الضمان غير متعلق بالمدبر، وإنما هو في ذمة المولى، فالقول قوله فيه، كضمان الغصب. ولأنه لو أنكر الضمان أصلًا كان القول قوله، كذلك إذا أنكر بعض الضمان يجب أن يكون القول قوله. وليس هذا كمسألة العبد والدار؛ لأن الحق هناك متعلق بالعين، فلذلك رجع إلى قول من يشهد له، وفي مسألتنا الحق غير متعلق بالمدبر، فلم يرجع إلى قيمته.

[عبد أعتق في مرض الموت فقتل مولاه]

[٢٩٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أعتق المريض عبده، ولا مال له غيره، فقتله العبد: فإنه يسعى في قيمتين: قيمة لردِّ الوصية، وقيمة للقتل. وقالا: يجب بالقتل الدية على العاقلة.

لأبي حنيفة: أن السعاية لما لزمته بالقتل صار مكاتبًا، وجناية المكاتب في ماله. **وعلى قولهما**: هو حر عليه دين، فلم[١] يلزمه بالقتل تتحمله العاقلة.

[مكاتب النصف]

[٢٩٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا كاتب المولى نصف عبده، فعلى المكاتب الأقل من نصف الأرش، وعلى المولى الأقل من نصف القيمة ونصف الأرش.

لأن من أصله: أن الكتابة تتبعض، فنصفه مكاتب، وجناية المكاتب تجب في أكسابه، ويلزمه [٧٢و] الأقل من قيمته ومن أرشها، والنصف الآخر على ملك المولى، إلا أن الدفع لا يمكن فيه؛ لحصول الكتابة في بعض الرقبة، فإذا منع بكتابته التسليم بغير اختياره لزمه الأقل. **وعلى أصلهما**: كتابة البعض أوجبت كتابة الجميع، فكان على المكاتب الأقل من قيمته ومن أرش الجناية.

---

١ لعل الصواب: فما.

[جنايات على العبد فيما دون النفس]

[٢٩٤.] **مسألة** وإذا فقأ عيني عبدٍ، ثم جاء آخر فقطع يده: ضمن الفاقئ النقصان، والقاطع نصف قيمته مفقوء العينين. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن هذا استحسان، والقياس: أن لا يجب على الفاقئ شيء.

وجه القياس: أن أرش الفقوء وجب بشرط التسليم، فإذا قطعت يده لم يمكن التسليم على مقتضى الجناية، ومتى تعذر الدفع وكان المولى اختار إمساكه فيسقط أرش الفقوء. **وجه الاستحسان**: أن الدفع تعذر بالجناية الثانية من طريق الحكم لا بمنع المولى، فصار كالمدبَّرة إذا فُقئ عيناها، فيجب النقصان لما تعذر تسليمها من طريق الحكم.

[ضرب الأب الصبي فمات]

[٢٩٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا ضرب الأب أو الوصي الصبي فمات: ضمنا. وقالا: لا ضمان عليهما.

لأبي حنيفة: أن تأديب الابن يقع لمنفعة الأب، والضرب إذا كان لمنفعة تعود إلى الضارب ضمن، كضرب الزوجة. والوصي قائم مقام الأب فحكمه حكمه. **لهما**: أن ضرب الصبي يقع لمنفعته، فصار كضرب الحد والتعزير.

وما في هذا الكتاب من المسائل مذكورة في الديات.

* * *

كتاب الحدود

[باب الإحصان]

[تعديل الشهود]

[٢٩٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهد الشهود بحق قَبِل القاضي شهادتهم، ولم يسأل عنهم إلا في الحدود والقصاص. وقالا: لا يقبل إلا بعد المسألة في سائر الحقوق.

لنا: قوله عليه السلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»،[١] وشهد أعرابي عنده برؤية الهلال فقال: «أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله» فقال: نعم. فقال صلى الله عليه: «يكفي المسلمين أحدهم».[٢] ولأن الأصل في المسلم العدالة؛ لأنه يبلغ وهو غير مواقِع لمحظور، وإنما يحصل الفسق لمعنى حادث، ومن علمت عدالته في زمان فإنها [٧٢ظ] ثابتة ما لم يعلم ما ينافيها، كمن عدَّله القاضي.

لهما: أن الإنسان قد يكون عدلًا في الظاهر وليس بعدل في الباطن، فوجب الرجوع إلى الباطن كالحدود.

ومن أصحابنا من أسقط الخلاف في هذه المسألة وقال: إنما أجاب أبو حنيفة على ما كان في عصره؛ لأن الغالب فيهم كانت العدالة، وعدَّلهم النبي صلى الله عليه

---

١ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٦٤١/١٠ (٢١٠٤٢)؛ **سنن الدارقطني**، ٣٦٧/٥ (٤٤٧١).

٢ **الأصل**، ٢٤٨/٢؛ **مسند أحمد**، ٣٩٧/١ (٣٠٧)، وهو في المسند كان في زمان عمر رضي الله عنه.

بقوله: «خير القرون قرني الذين بعثت فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب». وهما أجابا على عصرهما، فلا يكون في المسألة خلاف.

[هل يطالب المشهود عليه بكفيل بعد شهادة الشهود؟]

[٢٩٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا شهد الشهود بالحد لم يطالب المشهود عليه بكفيل ولكنه يحبسه. وقالا: يؤخذ منه كفيل كما يؤخذ في الديون. وروى هشام عن أبي يوسف معنى قول أبي حنيفة: «لا كفالة في الحد»[١] إذا قامت البينة، فأما قبلها فالكفالة جائزة. وذكر ابن سماعة عن محمد مثله. وقال زفر: إن قال المدعي: "أنا آتي بالبينة غدًا" لم يكفل ولم يلازم، وإن قال: "أنا آتي به اليوم" قيل له: "الزمه إلى أن يقوم القاضي"، وعن أبي يوسف مثله. وروى بشر عن أبي يوسف قال: إذا ثبت الحد فلا كفالة، وما كان من دعوى ففيها الوكالة. وروى ابن رستم عن محمد قال: لا كفالة في قول أبي حنيفة، ويقال له: "الزمه إلى أن يقوم القاضي".[٢]

لأبي حنيفة: أن الكفالة للتوثق، والقاضي ممنوع من التوثق في الحدود قبل ثبوتها؛ ولهذا قال عليه السلام للسارق: «ما إخاله سرق»،[٣] وفي الكفالة توثق للحد فلم يجز. وليس كذلك الحبس؛ لأن القاضي مأمور به للتهمة لا للتوثق، ومن شهد عليه بما يوجب الحد فهو متهم، فجاز أن يحبس. **ولا يقال**: فهلا حبستم في دعوى الديون لأجل التهمة. **وذلك** لأن التهمة في الديون الموجبة للحبس أن مَنْ ظاهره الغناء إذا امتنع من أداء ما عليه اتُّهِم، وهذا لا يوجد قبل ثبوت الحق، والتهمة موجودة في أسباب الحدود بالخبر، وإن لم يثبت بالشهادة فلذلك حبس. [٧٣و] ولأن الحبس غاية

١ والقول منسوب أيضًا لشريح، انظر: **الأصل**، ٥/٥٨.

٢ انظر: **الأصل**، ٥/٥٧.

٣ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٤/٤٧٥ (٢٣١٧٠)؛ **سنن الدارقطني**، ٤/٩٨ (٣١٦٤).

ما يعاقب به في الديون إذا ثبتت، فلم يجز أن يفعل قبل ثبوتها، وليس كذلك الحدود؛ لأن الحبس ليس هو غاية العقوبة، فلذلك جاز أن يفعل قبل الثبوت.

لهما: أنه حق مدعى فجاز أخذ الكفيل منه كالديون. ولأن التوثق بالحبس آكد من التوثق بالكفالة، فإذا جاز ذلك فهذا أولى. وكان أبو بكر الرازي يقول: معنى قول أبي حنيفة «لا كفالة في حد»: أن القاضي لا يبتدئ بها، فأما إذا بدأ الخصم ذلك ابتداءً فالكفالة جائزة.

[ما يثبت به الإحصان]

[٢٩٨.] **مسألة** قال أصحابنا: يثبت الإحصان بشهادة الرجال والنساء. وقال زفر: لا يثبت إلا برجلين.[١]

لنا: أنه إثبات الحرية والنكاح فيقبل فيه قول النساء، كحال الانفراد. ولأنه سبب غير موجب؛ بدلالة أن المحصن قد يجب عليه الرجم وقد لا يجب، فجاز أن يثبت بما لا يثبت به المسبب. **أصله**: شهادة القابلة بالولادة؛ ولهذا لم تعتبر فيه شهادة أربعة كما تعتبر في الموجب. **لزفر**: أنهم سبب في القتل، كالشهود بما يوجب القصاص.

[رجوع شهود الإحصان]

[٢٩٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا رجع شهود الإحصان لم يضمنوا. وقال زفر: يضمنون النصف.[٢]

لنا: أن شهادتهم لا توجب القتل، وإنما هي سبب يجوز أن يتعلق بها الحد ويجوز أن لا يتعلق، فصار كالشهادة بالولادة إذا استحق الميراث، ثم رجعت القابلة عن الشهادة. **ولا يلزم عليه**: شهود النسب بعد الموت إذا رجعوا؛ لأنه سبب موجب

---

١ انظر: **الأصل**، ١٤٧/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٧٣/٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٤ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٤٧/١٢؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٥و.

للإرث، ألا ترى أن الميراث مصرَّح به في شهادتهم، وإلا لم يستحق بها، فيصير وِزان مسألتنا أن يشهدوا بنسب حال الحياة، ثم يموت المشهود عليه ويرث المشهود له، ثم يرجعون. **ولا يلزم**: شهود التزكية؛ لأن الحكم يثبت بقولهم؛ ألا ترى أنه لولا تزكيتهم لم يتعلق بالشهادة حكم، وفي مسألتنا لولا شهود الإحصان لتعلق الحكم بشهادتهم، فدلَّ على أنهم لم يجعلوها شهادة؛ ولهذا قلنا في شهود اليمين والدخول: إنه لا ضمان على شهود الدخول؛ لأنه سبب غير مختص.

لزفر: أن التلَف[1] [٧٣ظ] استحق بشهادتهم، ولولاهم لم يثبت الرجم، فوجب عليهم الضمان. ولأنهم سبب في الضمان، كحافر البئر. **الجواب**: أن هذا المعنى يقتضي الاختصاص بالضمان، وهذا لا يقوله أحد.

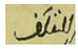
[ما يثبت به الإحصان من الشهادة]

[٣٠٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهدوا أنه تزوجها ودخل بها يثبت الإحصان. وقال محمد: لا يثبت حتى يقولوا: إنه جامعها أو باضعها. ولا رواية عن أبي يوسف.[2]

لأبي حنيفة: أن الدخول إذا أضيف إلى الزوجات لا يعقل منه إلا الجماع؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء، ٢٣/٤] فكأنه قال: جامعها. **ولا يقال**: لو كان كالصريح لاقتصر عليه في الشهادة بالزنا. **وذلك**: لأنه لا يقتصر في الزنا على قوله: "جامعها أو باضعها" وإن اقتصر عليه هاهنا. **ولا يقال**: إنه مجاز؛ لأنه صار بالاستعمال كالحقيقة.

لمحمد: أن الدخول يقوم مقام الجماع، وأسباب الحدود يعتبر فيها الصريح، كما يعتبر في نفس الحد.

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ انظر: **الأصل**، ١٤٣/٧.

[إحصان الكافر]

[٣٠١.] **مسألة** المشهور عن أصحابنا: أن الكافر ليس بمحصن. وروى بشر عن أبي يوسف قال: كان ابن أبي ليلى يقول: «إذا زنا اليهودي والنصراني بعدما أحصنا فعليهما الرجم». قال أبو يوسف: وبه نأخذ.[١]

لهما: حديث ابن عمر أنه عليه السلام قال: «من أشرك بالله فليس بمحصن».[٢] ولأنه معنى يثبت من طريق الحكم يؤثر عدمه في الشهادة كالحرية. ولأنه أحد نوعي الإحصان، كإحصان المقذوف. **لأبي يوسف**: ما روي أنه عليه السلام رجم اليهوديين.[٣] والجواب: أنه روي عن ابن عمر أنه قال: «رجمهما بحكم التوراة» وكان الحد في المسلمين يومئذ الجلد الذي يدل عليه أنه عليه السلام لم يسأل عن شرائط الإحصان، فدل أنها لم تكن ثابتة.

[الوطء الموجِب للإحصان]

[٣٠٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: الوطء الموجِب للإحصان أن يطأها وهما على صفة الإحصان. واختلف قول أبي يوسف فقال في **الأصل**: إن المسلم يكون محصنًا بجماع الكافرة. وروي عنه: أنه متى دخل بها وهما نصرانيان ثم أسلما اكتفي بذلك الدخول. وروي أن المسلم يحصن النصرانية ولا تحصنه. [٧٤و] وذكر أبو الحسن عنه: في الكتابية تحت مسلم أنها تكون به محصنًا، ولا يكون بها محصنًا حتى يطأها بعد الإسلام. وإن كانت ذمية تحت ذمي فهما محصنان. وإن كانا مجوسيين

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩و.

٢ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥١٨/١٤ (٢٩٣٤٩)؛ **سنن الدارقطني**، ١٧٨/٤ (٣٢٩٥).

٣ **صحيح مسلم**، ١٣٢٦/٣ (١٦٩٩)؛ **سنن أبي داود**، ١٥٣/٤ (٤٤٤٦).

أو مجوسية تحت يهودي لم يكن واحد منهما محصنًا لصاحبه. وكان يفرق بين المجوسي والكتابي.[١]

أما على أصلهما: فالإسلام شرط، فمتى حصل الوطء غير موجب للإحصان فلم يوجبه حال وقوعه فلا يوجبه بعد ذلك، كالصغيرين إذا بلغا. وكذلك متى وقع الوطء غير موجب لإحصان أحدهما لم يوجبه الآخر، كالصغير إذا وطئ الكبيرة. **وأما أبو يوسف** فقال: إن المسلم قد تمت له صفات الإحصان إلا الوطء، فالنقص الحاصل في المرأة لا يمنع من كمال الإحصان له.

وقال في الرواية الأخرى: لما جامعها وهما نصرانيان فقد اجتمعت لهما شرائط الإحصان إلا الإسلام، فصار كالموجود قبل الوطء. **والرواية التي قال "إن النصرانية تحصن المسلم ولا يحصنها"**: فلأنه كامل إلا الوطء المقصود، وهي ناقصة، فلم يحصل له الكمال.

والذي قال: "إن الذمية تحت الذمي محصنان" فعلى الرواية التي قال: إن الإسلام ليس بشرط. **والرواية التي فرَّق بين المجوسي والنصراني**: لأن المجوسي أنقص من الكتابي؛ لعدم حرمة الكتاب، فلم يجز أن يحصل له منه صفة الكمال.

[رجوع أحد شهود الزنا]

[٣٠٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا رجع أحد شهود الزنا قبل الحكم حُدُّوا. وقال زفر: يحد الراجع.[٢]

لنا: أن ما يطرأ على الشهادة قبل الحكم كالموجود في الابتداء؛ بدلالة ردة

---

١ انظر: **الأصل**، ١٠/٢٩٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩و، ٣٤٩ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٥و.

الشهود وعمائِهم، فكأنهم شهدوا في الابتداء وهم أقل من أربعة، فيجب عليهم الحد. **ولا يقال**: إن الراجع لا يصدق في إيجاب الحد عليهم؛ **لأنا** لا نوجب الحد عليهم بقول الراجع، وإنما هو لنقصان عددهم قبل استيفاء الحد. **لزفر**: أنهم شهدوا وصحت شهادتهم بكمال العدد، فرجوع الواحد يقبل في حق نفسه، ولا يقبل في حق غيره، فلم يجز إيجاب الحد عليهم برجوع غيرهم، كما لا يجب عليهم الضمان برجوعه بعد الاستيفاء. [٧٤ظ]

وأما إذا حكم الحاكم بشهادتهم ثم رجع أحدهم قبل الاستيفاء حُدُّوا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يُحَدُّ الراجع وَحْدَه.

لهما: أن ما طرأ على الحدود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء، فصار رجوع الواحد بعد الحكم كرجوعه قبله. وقد روي عن أبي حنيفة في أحد شهود القصاص إذا رجع بعد الحكم روايتان: **إحداهما**: أن القصاص سقط؛ لأن الشبهة تؤثر فيه كالحد. **والأخرى**: أنه لا يسقط لأنه حق الآدمي، كالأموال. **لمحمد**: أن الشهادة تمت بانضمام حكم الحاكم إليها، فلم يُصدَّق الراجع في إبطال ما حكم به الحاكم.

وأما إذا رجع أحدهم بعد الاستيفاء حُدَّ الراجع وَحْدَه عندنا. وقال زفر: لا حدَّ عليه.

لنا: أن الراجع يصير قاذفًا في الحال بالقول المتقدم. **يدلك عليه**: أنا لو جعلناه قاذفًا بالشهادة لوجب الحد على بقية الشهود، وإذا صار قاذفًا في الحال ومن قذف ميتًا حُدَّ. **ولا يقال**: فهلا جعلتموه كمن أقر بعد حين في حال الحياة. **وذلك**: لأن المقر ليس بقاذف وإنما هو حاكٍ، والراجع قاذف، فلذلك اختلفا. وليس هذا كما لو رجع قبل الاستيفاء ومات المشهود عليه؛ لأنه صار قاذفًا عند الرجوع، فموته بعد ذلك يسقط الحد الواجب.

لزفر: أن الرجوع ليس بقذف، وإنما هو إخبار بعفة المشهود عليه وصلاحه ونفي الزنا عنه، فاستحال أن يكون قذفًا، فلم يبق إلا أن يكون قاذفًا بالشهادة، فصار كمن قذف حيًّا ثم مات.

[تضمين شهود التزكية]

[٣٠٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: شهود التزكية يضمنون إذا وجد الشهود عبيدًا أو كفارًا. وقالا: لا ضمان عليهم.[١]

لأبي حنيفة: أن شهود التزكية جعلوا شهادةَ الشهود شهادةً؛ بدلالة أنه لولا شهادتهم لم يتعلق بقولهم حكم، فوجب أن يلزمهم الضمان، كما لو شهدوا بالحق. وليس كذلك شهود الإحصان؛ لأنهم لم يجعلوا شهادةَ الشهود شهادةً، بدلالة أن قولهم يتعلق به الاستحقاق، وإن لم يثبت الإحصان. ولا يلزم شهود الدخول؛ لأنهم لم يجعلوا شهادةَ شهود اليمين شهادةً؛ بدلالة أن القاضي يسمع الشهادة [٧٥و] باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول.

ولا يقال: إن الشهادة لا يتعلق بها حكم إلا بحكم الحاكم وإن لم يلزم الحاكم ضمان. **لأن** الحاكم لا يلزمه ضمان فيما يحكم به، والشاهد ممن يجوز أن يلزمه ضمان. ولأن هذا الاعتبار لو صح لم يلزم شاهدًا ضمانٌ أبدًا؛ لأن الحكم لم يتعلق إلا بحكم الحاكم. **ولا يقال**: لو لزمهم ضمان بالرجوع لزمهم الضمان إذا كان الشهود عبيدًا وإن لم يرجعوا؛ وذلك لأنهم قد ثبتوا على الشهادة فلم يتعلق عليهم ضمان، كما لو شهد شاهدان بدين فأقر المشهود له: لا دين عليه.

وجه قولهما: أن الحكم يتعلق بقول الشهود؛ ألا ترى أنهم صرَّحوا بالحق، وشهود التزكية لم يوجد منهم شهادة بالحق، وإنما هم سبب، فصاروا كشهود الدخول وشهود النسب، فلا يلزم الضمان ما لم يوجبوه بشهادتهم.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٦و.

[باب الزنا]

[زنا المستأمن بمسلمة أو ذمية]

[٣٠٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا زنى المستأمن بمسلمة أو ذمية فلا حدَّ عليه، وعليها الحد. وقال أبو يوسف: يُحدَّان. وقال محمد: لا يُحَدَّان.[١]

لأبي حنيفة: أن الحربي مُبقىً على حكم الحرب؛ بدلالة أنه لا يؤخذ منه الجزية، ولا يطالب بحقوق الله تعالى، ولو قتله قاتل لم يقتص منه، فصار كما لو زنى في دار الحرب. ولأن الحد حق الله وَحْدَه، لم يطالَب به مع بقائه على حكم الحرب، كالصلاة والزكاة. ولا يلزم عليه حقوق الآدميين؛ لأنا أعطيناه الأمان على أن لا يتعرض لأنفسنا ولا لأموالنا، فصار ذلك رضًا منه بثبوت المطالبة.

لأبي يوسف: قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة، ٤٩/٥]. ولأن الزنا فساد في دار الإسلام فوجب أن يزجر عنه كما يزجر عن القذف. ولأنه مقيم في دارنا وتحت تصرفنا كالذمي. وإذا ثبت أن الرجل لا يحد حدت المرأة؛ لأن المانع من حده أنه على حكم دار الحرب، والحد إذا سقط عن الواطئ للتعذر لم يسقط عن الموطوءة، **أصله**: إذا مات أو غاب.[٢]

وجه قول محمد: أن الحد لمَّا سقط عن الواطئ سقط عن الموطوءة، كالمجنون. **والجواب**: أن المجنون وُجِد في فعله [٧٥ظ] معنى أخرجه من أن يكون زنى، وفي مسألتنا سقط للتعذر، كالموت.

---

١ انظر: **الأصل**، ١٨٥/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٢٧/٦، ٢٢٨.

٢ لعله تعليل للمتفق عليه بينهما من وجوب الحد على المرأة، إذ ليس تعليلًا لقول أبي يوسف القائل بحدهما. أو لعله استطراد على قول أبي حنيفة.

[٣٠٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا استأجر امرأة ليزني بها فلا حد عليه. وقالا: عليه الحد.

لأبي حنيفة: أن الإجارة تمليك للمنافع بعوض، وهذا معنى النكاح، وإنما فسد لما فيه من التوقيت فصار كالنكاح الموت وكالمتعة، ولا يجوز اعتبار لفظ الزنا لأنه لو قال: "تزوجتك لأزني بك" لم يجب الحد؛ لأنه ذكر اللفظ الذي يفيد التمليك كذلك الإجارة لما كانت تفيد التمليك. وقد روي أن امرأة استسقت راعيا فأبى أن يسقيها حتى يمكِّنه من نفسها ففعلت فرُفِع ذلك إلى عمر فدرأ الحد.

لهما: أن الزنا في الغالب لا يقع إلا بعوض فلو أسقطنا لم يجب على زان حد أبدا وهذا لا يصح. **والجواب**: أن الزنا وإن وقع في الغالب بعوض فإنه لا يوجد في الغالب بلفظ الإجارة فلم يلزم ما قالاه.

[الإكراه على الزنا]

[٣٠٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أُكرِه الرجل على الزنا فإن كان المُكرِه غير السلطان وجب الحد، وإن كان السلطان فلا حد. وقالا: لا يجب فيهما. وقال زفر: يجب الحد فيهما.

أما إذا كان المُكرِه غير السلطان: فلأن الخوف الحاصل بالإكراه ينفي الانتشار والشهوة، فلما وُجِد ذلك دلَّ على أنه مريد لما أُكرِه عليه فلم يثبت حكم الإكراه، كمن أُكرِه على بيع شيء فباع. ولأنه لا يخلو: إما أن يكون وُجِد الانتشار بعد الإكراه، وذلك ينافي الخوف، أو يكون متقدمًا على الإكراه، فالبقاء عليه يدل على عدم الخوف، وهذا ينفي الإكراه.

ولا يقال: الخوف من الله تعالى موجود عند الزنا وإن لم يمنع الانتشار، كذلك

الخوف من الآدمي؛ لأن عقاب الله تعالى طريقه الاستدلال، وما يقع به الإكراه يضطر الإنسان إلى معرفة الإلجاء، وهما مختلفان. **ولا يقال**: إنه إذا فعل ما أُكرِه عليه زال الخوف، فلذلك حصل الانتشار؛ لأن من يُكرَه على الزنا لا يُؤمَن أن يُوقَع ما أُكرِه به وإن فعل الزنا، فهو لا يتيقن زوال الخوف؛ فلذلك اعتبرنا مقاصد الخائف.[١]

وأما إذا كان [٧٦و] **المكره السلطان**: فكان أبو الحسن يقول: المراد به الإمام؛ لأنه متى فعل ذلك فسق وانعزل. فإذا زنى المُكرَه فقد زنى وليس بحضرته من يملك إقامة الحد، فصار كمن زنى في دار الحرب. **ولا يقال**: إن خلفاءه لا ينعزلون وهم يملكون ذلك؛ لأنهم ملكوه من جهته، وهو قد يملك هذا الحد، فزال ملكه عنه بفعله، فصار شبهة في حق من ملك من جهته.

ومن أصحابنا من سوَّى بين الإمام وغيره؛ وذلك لأن السلطان مأمور بدرء الحدود وإسقاطها، فإذا توصل إلى إيجابها كان متهمًا، وحكم السلطان لا ينفذ فيما يُتَّهَم فيه. ولأن القاضي يلزمه الاقتداء بالوالي في كثير من أموره، فيجوز أن يشتبه عليه هذا المعنى، فصار ذلك شبهة في سقوط الحد.

لهما: أن الانتشار قد يتقدم على الإكراه فيصح الإكراه على الزنا، فيمنع من وجوب الحد، كإكراه المرأة. ولأن الانتشار قد يكون بالقبلة واللمس، وذلك مما يصح الإكراه عليه، ويقع الوطء بعده بحكم الإكراه.

وجه قول زفر: أن ما وجب به الحد بإكراه غير السلطان وجب بإكراه السلطان، كالإكراه بالقبول والضرب اليسير، ولأن وجود الانتشار يدل على عدم الخوف، وهذا المعنى يستوي فيه السلطان وغيره.

---

١ وصورته في المخطوط: 

[إذا وجد شهود الزنا عبيدًا أو كفارًا]

[٣٠٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وجد شهود الزنا عبيدًا أو كفارًا فلا ضمان عليهم في أثر الضرب، وكذلك إن مات منه. وقالا: الضمان في بيت المال.[١]

لأبي حنيفة: أن الضمان لا يجوز أن يلزم الشهود؛ لأن أثر الضرب غير موجب بشهادتهم، ألا ترى أنه قد يجلد ولا يبقى للحد أثر، ولو كان موجبها لم ينفك عن الحد. ولا يجوز أن يضمن الجلاد؛ لأنه فعل بأمر الإمام، فإذا لم يلزم الإمام الضمان لم يلزمه. ولأنه مأذون في الضرب من غير تمييز والضرب الذي لا يبقى له أثر لا يتميز من غيره، وليس كذلك القصار؛ لأنه مأذون في دق لا يقطع، وقد يتميز ذلك. ولا يجوز أن يكون في بيت المال؛ لأن بيت المال يلزم ما كان من غلط الإمام، ولم يوجد من جهة الإمام غلط، فلم يلزم [٧٦ظ] بيت المال. **ولا يلزم على ما ذكرنا** من ضَرب رجلًا فبقي لضربه أثر؛ لأن فعله لما حصل على طريق التعدي ضمن ما تولد، وإن لم يكن موجبًا بالفعل، وهذا لا يوجد في مسألتنا.

لهما: أن الضرب سبب في الألم، فوجب أن يلزم ضمانه إذا كان غير مستحق، كحافر البئر ومن ابتدأ ضرب رجل فبقي لضربه أثر.

[هل يسع الناس إقامة الحد بعد القضاء]

[٣٠٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال القاضي: "شهد الشهود عندي بالزنا وقضيت بالرجم فارجموه" وسع الناس أن يرجموه. وروى ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن ذلك، وقال: لا يسع لقوم أن يرجموه حتى يعاينوا الشهود.

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/١٥٩، ١٦٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٥و، ٣٥٥ظ، ٣٥٦و.

لهما: أن قول القاضي لو لم يقبل فيما علمه حال القضاء أدى ذلك إلى بطلان الحقوق؛ لجواز أن يقر المقر عنده بحق ولا شاهد بحضرته، ولو كان كذلك لم يقتصر على قاضٍ واحد في كل عصر. ولأن قول القاضي يقبل في مذهبه، وفي علمه بعدالة الشهود، وصحة الحكم تقف على ذلك، كما تقف على سماع الشهود. **لمحمد**: أن القاضي لو قُبِل قولُه لأدَّى إلى إثبات القتل بقوله، والقتل في أصول الشريعة لا يُستباح بقول الواحد.

[الشهادة بالزنا على الشهود]

[٣١٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، وشهد أربعة على الشهود بالزنا: لم يحد واحد منهم. وقالا: يحد الشهود، ويدرأ عن المشهود عليه الحد، وهو قول زفر. وروى ابن زياد عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة.

لأبي حنيفة: أن الشهود على الشهود تتضمن شهادتهم الجرح، والجرح لا يثبت بالشهادة، فسقط حدهم. ولأن الشهود لما أخَّروا الشهادةَ حتى شهد الفريق الأول كان الظاهر أنهم قصدوا إبطال الشهادة، وذلك لا يثبت بالشهادات. ولأن ذلك يوجب تهمة في شهادتهم حين لم يقصدوا للشهادة، وإنما قصدوا الجرح، وليس كذلك إذا شهدوا أن قاضي بلد كذا حدَّه؛ لأنها شهادة بحكم الحاكم، وذلك يجوز أن ينتقل بالشهادة. وإنما لم يحد المشهود عليه الأول؛ لأن شهادة الفريق الثاني شبهة في شهادة الفريق الأول، فأسقطت شهادتهم وإن لم يُحَدُّوا.

وجه [٧٧و] **قولهما**: أن شهادة الفريق الثاني حصلت بزنا الفريق الأول من غير معارضة، فوجب قبولها وإقامة الحد عليهم، ومتى ثبت كونهم زناة سقطت شهادتهم، فسقط عن المشهود عليه.

وعلى هذا الخلاف: لو شهد فريق آخر بالزنا على الفريق الثاني، قال أبو حنيفة: يسقط الحد عن جماعتهم؛ لما ذكرنا. وقالا: يجب الحد على المشهود عليه الأول وعلى الفريق الثاني؛ لأن شهادة الفريق الثاني حصلت من غير معارضة، فوجب الحد على الفريق الثاني، فبطلت شهادتهم على الفريق الأول. وثبت شهادة الفريق الأول على الثاني؛ لأنها ثبتت من غير معارضة.

[اختلاف شهود الزنا في الشهادة]

[٣١١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا شهد أربعة بالزنا، فقال اثنان: "طاوعته"، وقال اثنان: "استكرهها"، فلا حد على واحد منهما. وقالا: يحد الرجل.[١]

لهما: أنهم شهدوا بفعلين؛ ألا ترى أن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، وفعل الطائع لا ينتقل، فكل واحد من الفعلين لا يجوز إثباته إلا بأربعة، كالشهادة في دارين. **ولا يقال**: بأن الزنا لا ينتقل؛ بدلالة أن المكرَه لا حد عليه، لأنه ينتقل؛ بدلالة أن المرأة المكرهة لا حد عليها، وإنما لا يجب على المكره لأنه يصير كالفاعل لذلك بأصبعه. **ولا يلزم عليه**: شهود الزوايا؛ لأن المسألة محمولة على أن الفعل واحد، وإنما الشهود قرَّبوه من الزوايا. **ولا يلزم على هذا** إذا قال أحد الفريقين: "زنا بها وهي عاقلة"، وقال الفريق الآخر: "مجنونة"؛ لأنها فعل واحد، ألا ترى أن فعل المجنونة لا ينتقل إلى غيرها، وإنما يسقط لمعنى فيها. وذكر الطحاوي: أن الذين شهدوا بالمطاوعة عنه صاروا قاذفين لها، وإنما سقط الحد عنهما لأجل شهادة الآخرين بوقوع الفعل منها[٢] على وجه الإكراه، فلم يجب قبول شهادة القاذف بإيجاب الحد على الغير. ولأن شاهدي الطوع قد احتاجا إلى شهادة الآخرين لسقوط

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/١٥٧، ١٥٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٥ظ.

٢ وفي المخطوط: منهما، وما أثبت من **مختصر اختلاف العلماء**.

الحد عنهما، فصاروا خصومًا في هذه الشهادة، فلم تقبل شهادتهم.[١]

لهما: أنهم اتفقوا على زنا الرجل، وإنما اختلفوا في فعل المرأة، وصحة الزنا لا تفتقر إلى مشاركة [٧٧ظ] المرأة للرجل في الفعل، أصله: إذا شهد أربعة بالإكراه.

وأما الشهود فلا حد عليهم عند أبي حنيفة؛ لأنهم صاروا قَذَفة، وقد شهد آخرون بوطئها على وجه الإكراه، وهذا يسقط الحد عن القاذف. وقد روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أن المزني بها مُكرَهة يُحَدُّ قاذفها، فعلى هذا يجب على شاهدي الطوع الحد.

وأما إذا شهد ثلاثة بالطوع وواحد بالإكراه قال أبو حنيفة وزفر والحسن: لا يحد واحد منهم. وقالا: يحد الثلاث.

لنا: أن الزنا قد حصل في شهادة الأربعة، وإنما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهة، وهو اختلافهم في فعلها، وما كان شبهة في سقوط الحد عن واحد لم يكن سببًا لإيجاب الحد على غيره. **لهما**: أن الثلاثة قذفة للمرأة؛ لأنهم أقل من أربعة، ولم يشهد بوطئها على وجه الإكراه إلا واحد، فلم يُبطِل ذلك إحصانَها، فوجب الحد على قاذفها.

[كيف يقام الحد]

[٣١٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يضرب في الحد الأعضاء كلها إلا الفرج والرأس والوجه. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس سوطين أو ثلاثة. وذكر ابن أبي عمران عن أصحاب أبي يوسف عنه: أن الرأس يضرب سوطًا واحدًا.[٢]

---

١ انظر: **مختصر اختلاف العلماء**، ٦٨٢/٣.

٢ انظر: **الأصل**، ١٩٢/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٢ظ، ٣٥٣و.

لهما قوله عليه السلام: «إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه».[١] ولا يجوز أن يكون المراد به الضرب بغير حق؛ لأن ذلك يبقى فيه الأعضاء كلها، فلم يبق إلا أن يكون المراد به الضرب بحق. وإنما منع من الوجه لأن ضربه يؤدي إلى أكثر من المستحق، وهذا تنبيه على [اجتناب] الرأس. ويدل عليه قوله عليه السلام: «ايتني بأربعة يشهدون وإلا فحدٌّ في ظهرك»،[٢] وهذا يقتضي اختصاص الظهر بالحد إلا ما قام عليه دليل. وعن عمر أنه قال للجلاد: «لا تضرب الرأس». ولأن ضرب الرأس يؤدي إلى التلف، وإلى ذهاب السمع والبصر، فصار كضرب الوجه.

لأبي يوسف: أن عمر قال للجلاد: «اضرب ولا ترني إبطك وأعط كل عضو حقه»[٣] [٧٨و] ولم يفصل. وعن علي أنه قال للجلاد: «اتق الوجه والمذاكير»[٤] وعن أبي بكر أنه قال: «اضرب الرأس فإن الشيطان فيه».[٥] الجواب أنه روى عدي بن ثابت عن مجاهد عن علي أنه قال: «اجتنب رأسه ومذاكيره وأعط كل عضو حقه».[٦] وعن ابن عمر أنه قال: «لا تضرب الرأس» فصار ذلك خلافًا. ولأن السوط الواحد والسوطين لا يخاف منهما التلف، فصار كسائر الأعضاء.

---

١ **سنن أبي داود**، ١٦٧/٤ (٤٤٩٣)؛ **مسند البزار**، ٢٣٤/١٥ (٨٦٧٠).

٢ **شرح مشكل الآثار**، ٤٠٧/٧ (٢٩٦١)؛ وانظر: **صحيح البخاري**، ١٧٨/٣ (٢٦٧١)؛ **سنن ابن ماجة**، ٣٦١/٢ (٢٠٦٧).

٣ **مسند أبي حنيفة** لابن خسرو، ٣٦٩/٧ (١٣٥١٦)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٠١/١٤ (٢٩٢٦٦).

٤ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٠١/١٤ (٢٩٢٦٨).

٥ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٦٠٨/١٤ (٢٩٦٤١).

٦ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٠١/١٤ (٢٩٢٦٨).

[الوطء الذي يكون منه الحد]

[٣١٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا زنى بصبية لا يُجامَع مثلُها فأفضاها فإن كان البول لا يستمسك فلا حد ولا مهر، وعليه الدية كاملة، وإن كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية والمهر. وقال محمد: عليه المهر في الوجهين.[١]

أما وجوب الدية إذا لم يستمسك البول: فلأنه أتلف عضوًا لا نظير له في البدن، فصار كالذكر والأنف، فإن استمسك فمنفعة العضو باقية، وإنما هناك جراحة جائفة فيجب فيها ثلث الدية. ولا حد في الوجهين جميعًا؛ لأنها صغيرة لا توطأ مثلها، فصار وطؤها كوطء البهيمة.

وإن كانت كبيرة وجب الحد؛ لأن الدية تتعلق بمعنى غير المعنى الموجب للحد، ألا ترى أن الحد يجب بالوطء، والدية تجب بمعنى ينفرد عنه، وهو مجاوزة الموضع المقصود بالوطء. ولا مهر مع الدية؛ لأن الدية بدل عن جميع العضو، والمهر يجري مجرى بدل الجزء، فصار ضمان الجزء داخلًا في ضمان الجميع، مثل من قطع أصبع رجل ثم قطع باقي الكف؛ ولهذا لا يضمن الأب إذا وطئ جارية ابنه فعلقت: عُقرَها؛ لمَّا ضمن قيمتها. ولأن المهر يجب لمنافع العضو، ومتى ضمن قيمة العضو سقط اعتبار منافعه مثل سائر الأعضاء.

ولا يقال: إن ضمان المهر يثبت في ذمة الواطئ، والدية على العاقلة، فصار من جنس ضمان الجنايات وضمان الأموال، فلا يتداخل؛ لأن أصل المهر وإن كان يجري مجرى الأموال فإنه لا يمتنع أن يصير إلى ضمان الجناية متى آل الفعل إليه؛ بدلالة أن العبد متى قطعت يده وجب بقطعها المال. وإن كان [٧٨ظ] ذلك في ذمة القاطع، ولو سرى إلى النفس تحملها العاقلة وتداخلا. **ولا يلزم عليه**: إذا كان البول يستمسك؛ لأن

---

١ انظر: **الأصل**، ١٦٤/٧، ١٦٥.

الواجب نقص قيمة العضو، والمهر في حكم ضمان الأبعاض، وذلك مما لا يدخل بعضه في بعض. **ولا يقال**: إن مَنْ شجَّ رجلًا موضحة فصارت آمة دخل أرش الموضحة فيها، وإن كان كل واحد منهما ضمان جزء؛ لأن الموضحة لا تستقر قبل البرء، ولهذا يتأنى فيها، فإذا انتقلت إلى الآمة صار كأن ذلك وجب بالفعل الأول، ولم يتداخلا.

لمحمد: أن موجب المهر يتعلق بالوطء، والدية بإتلاف منفعة العضو، وأحدهما ينفرد عن الآخر، فلم يتداخلا، كمن أتلف عضوين.

[الوطء الذي تثبت به الحرمة]

[٣١٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وطئ صغيرة لا يوطئ مثلها لم تحرم عليه أمها. وقال أبو يوسف: تحرم عليه استحسانًا.

لهما: أن الصغيرة لا تشتهى ولا تُقصَد، فصار كاللمس بغير شهوة. ولأنه يحل له النظر إلى جميع بدنها، كالبهيمة. ولأنها لما لم تُقصَد حلَّت محل الميتة. وليس إذا وجب المهر وجب أن يثبت التحريم؛ لأن المهر يجب لإتلاف البكارة؛ وذلك جزء ظاهر كالجراحة. **لأبي يوسف**: أن هذا الوطء لما تعلق به المهر تعلق به التحريم، كوطء الكبيرة. ولأنه لا يخلو من ضرب من الشهوة، فصار كاللمس.

[زنى بأمة فقتلها]

[٣١٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا زنى بأمة فقتلها فعليه القيمة والحد. وقال أبو يوسف: لا حد عليه. **لهما** أن الحد تعلق بالوطء، والقتل لمعنى ينفرد الوطء عنه فكأنه جرحها.

وأبو يوسف يقول: ملكها بالضمان فسقط الحد في ملك نفسه؛ ولهذا قال: لو كانت حرة وجب الحد.

[عمل قوم لوط]

[٣١٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة فيمن عمل عمل قوم لوط: عُزِّر ولم يُحَدُّ. وقالا: هو كالزنا.[١]

لأبي حنيفة: أن هذا العمل لا يسمى زنا؛ بدلالة أن أهل اللغة خصوه باسم ينفرد به. ولأن الله تعالى لو أباحه لم يكن الزنا مباحًا، وإذا لم يتناوله الاسم فالحد ورد فيما يسمى زنا، فلم يجز إيجابه في غيره. ولأنه وطء لا يتعلق به مال، وإن حصلت فيه شبهة كالوطء، فيما [٧٩و] دون الفرج.

لهما: حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه قال: «إتيان الرجل الرجل زنا، وإتيان المرأة المرأة زنا»، وفي حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه قال في الذي يعمل عمل قوم لوط: «ارجموا الأعلى والأسفل»،[٢] وفي حديث ابن عباس أنه عليه السلام قال في الذي يعمل عمل قوم لوط: «اقتلوا الفاعل والمفعول به».[٣]

والجواب: أن الخبر الأول: فيه بيان الاسم، والنبي صلى الله عليه لا يعلمنا الأسامي، وإنما يعلمنا الأحكام، فكأنه قال: حكمه حكم الزنا. وأما الخبر الثاني: فرواه عاصم بن عمرو عن سهيل بن أبي صالح وعاصم ضعيف. وحديث ابن عباس رواه عمرو بن عمرو عن عِكْرِمَةَ وهو ضعيف. ولأنه محمول على من فعل على وجه الاستحلال.

وإذا ثبت هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا قذف به رجلًا لم يجب عليه الحد، لأنه لم يقذفه بالزنا. وقالا: يجب عليه الحد كما لو قذفه بالزنا.

---

١ انظر: **الأصل**، ٠٩١/٧؛ **الجامع الصغير**، ٢٨٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٦/ ٩٦١-٥٧١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٠ظ.

٢ **سنن ابن ماجه**، ١٦/٣ (٢٥٦٢)؛ **شرح مشكل الآثار**، ٤٤٥/٩ (٣٨٣٣).

٣ **مصنف عبد الرزاق**، ٣٦٤/٧ (١٣٤٩٢)؛ **مسند أحمد**، ٤٦٥/٤ (٢٧٣٣).

[الوطء بشبهة]

[٣١٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: كل عقد فاسد شبهةٌ في سقوط الحد أجمع على تحريمه أو اختلف فيه، كمن تزوج بذات رحم محرم فوطأها لا حد عليه. وقالا: عليه الحد. وعن أبي يوسف: فيمن تزوج بذات رحم محرم فوطأها لا حد عليه. وقالا: عليه الحد. وعن أبي يوسف: فيمن تزوج بأخته من الرضاعة فلا حد عليه، وفرق بينه وبين النسب.[١]

لأبي حنيفة: أن هذا الفعل ليس بزنا؛ بدلالة أن العرب لا تسمي ما انصدر عن عقدٍ زنا. ولأنه قد كان مباحًا فيما سلف، والله تعالى لم يبح الزنا على حال. ولأنه لو كان أباحه لم نقل: إنه أباح بعض الزنا. ولأن الكفار يفعلونه ولا يكون زنا منهم. ولأن شرائط العقد قد وجدت ولم يقع الملك لفقد شرط في العاقد، فصار كسائر العقود الفاسدة. وإذا ثبت أنه ليس بزنا لم يجب به حد. ولأن كل وطء لوحظ من الكافر لم يتعلق به حد، فإذا حصل من المسلم لم يتعلق به حد، كالنكاح بلا شهود. وقد روي أن امرأة تزوجت في عدتها فعزرها عمر بن الخطاب، ووضع مهرها [٧٩ظ] في بيت المال، ولو وجب الحد لم يعزرها.[٢] **لهما**: أنه وطءٌ محرم على التأبيد في غير ملك، كالزنا.

[الرجل يطأ امرأة ويقول: ظننتها تحل لي]

[٣١٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا وطئ جارية امرأته أو أبويه وقال: "ظننتها تحل لي" لم يحد، وإن قال: "علمت أنها علي حرام" حُدَّ. وقال زفر: يحد في الوجهين.[٣]

١ انظر: **الأصل**، ٧/ ٨٨١، ٩٨١؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٠ظ، ٣٥١و، ٣٥٦و، ٣٥٦ظ.

٢ **الحجة على أهل المدينة**، ١٩٣/٣؛ وانظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٤٧٠/١٤ (٢٩١٤٦)؛ **السنن الصغير**، ١٦٧/٣ (٢٨٢٣).

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٠ظ، ٣٥١و.

لنا: أن الإنسان له تبسط في مال أبويه وزوجته؛ ألا ترى أنه يستخدم جاريتها، ويجلس على بساطها، فيجوز أن يشتبه عليه، فمتى ادعى ذلك فقد ادعى شبهة تستند إلى ظاهر فقبل قوله. وليس كذلك جارية أخيه؛ لأنه لا تبسط لأحد الأخوين في مال الآخر، فلم يقبل قوله في الشبهة. **لزفر**: أنه لا ملك له في رقبتها، ولا شبهة ملك، فجرى مجرى الأجنبي. وأما إذا قال: "علمت أنها حرام" حُدَّ؛ لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة. وإنما أسقطنا الحد لشبهة في الفعل، فإذا لم يشتبه الفعل حد.

وقد روي عن أبي يوسف في العبد يطأ جارية مولاه وقال: "ظننت أنها تحل لي" لم يحد؛ لأن له تبسط في مال مولاه، فيجوز أن يشتبه عليه الوطء. وأما المرتهن إذا وطئ وقال: "ظننت أنها تحل لي" فلا حد عليه في إحدى الروايتين. وإن قال: "علمت أنها حرام"؛ لأنها محبوسة في يده للاستيفاء، كالمبيعة في يد البائع. وقال في الرواية الأخرى: إن قال: "ظننتها حلال" لم يحد، وإن قال: "علمت أنها حرام" حُدَّ؛ لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك، وإنما يجوز أن يشتبه عليه الأمر؛ لأنه ثبت له حق الاستيفاء فيها كالمبيعة، وإذا لم يشتبه ذلك حُدَّ. ولأنها مضمونة في يده، كالمغصوبة.

وأما الأب إذا وطئ جارية ابنه فلا حد عليه وإن لم يدع شبهة؛ لأن له شبهة ملك فيها؛ بدلالة أنه لا يقتص منه وإن قتلها عمدًا، وشبهة الملك كنفس الملك في سقوط الحد. وكذلك المولى إذا وطئ جارية مكاتبه لم يحد في الوجهين؛ لأنها موقوفة على ملكه. وكذلك من وطئ جاريته بعد ما زوَّجها؛ لأن الوطء صادف الملك، فالتحريم لا معتبر به كالحائض. وكذلك البائع يطأ [٨٠و] الجارية قبل التسليم فلا حد عليه في الوجهين؛ لأنها باقية على حكم ملكه؛ بدلالة أنها لو هلكت هلكت من ماله. ولو حاضت لم يعتد المشتري بحيضها، ولو انفسخ العقد فيها لم يجب على بائعها

الاستبراء، وإذا كانت على حكم ملكه لم يحد. وأما الجارية المستأجرة فعليه الحد في الوجهين؛ لأنه لا شبهة له في رقبتها، وإنما حقه في منافع أعضائها، فصارت الشبهة غير متعلقة بسبب.

[وطء الجارية المشتركة بعد عتق نصيبه منها]

[٣١٩.] **مسألة** إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من الجارية وهو موسر، فاختار شريكه تضمينه، فإن وطئها المعتق فلا حد عليه عند أبي حنيفة؛ لأن له أن يستسعيها، وهي مكاتبة له. وإن وطئها الآخر حد؛ لأنها مكاتبة شريكه. وإن اختار الشريك السعاية فزنى المعتق بها حد، وإن وطئها شريكه لم يحد؛ لأنها مكاتبته. **وأما على أصلهما**: فالحد واجب في جميع الوجوه؛ لأن عتق البعض أوجب عتق الجميع، فصارت حرة عليها دين.[١]

[دفع الحد بدعوى الجهل]

[٣٢٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أسلم الكافر فزنا، وقال: "لم أعلم بتحريم الزنا" حدَّ. وقال ابن شجاع: «إن من كان من أهل الذمة أو ممن يقارب بلاد الإسلام لم يصدَّق، وإن كان بعيدًا من دار الإسلام صُدِّق»، ولم يضف هذا التفصيل إلى أصحابنا. وقال الطحاوي من مذهب نفسه: إنه لا حد عليه.[٢]

لنا: أن الزنا محرم في كل دين فتحريمه غير خاف على أحد، فمتى قال: "لم أعلم بالتحريم" فشبهته غير مستندة إلى سبب فلم تقبل، وليس كذلك إذا أسلم وشرب الخمر، وقال: "لم أعلم بتحريمها"؛ لأن الخمر مباحة في كثير من الأديان، فيجوز أن يشتبه عليه ذلك من ديننا، فصارت شبهته متعلقة بسبب، وهذه مسألة إجماع.

١ انظر: **مختصر اختلاف العلماء**، ٣/ ١٠٣.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥١و.

وأما إذا شرب الخمر وقال: "لم أعلم بالتحريم لم يحد". وقال زفر: يحد.

لنا: أن تحريم الخمر يختص بديننا فيجوز أن يخفى على الكافر كما يخفى عليه سائر الأحكام الشرعية، ومن ادعى شبهة لها سبب صُدِّق فيها. **لزفر**: أنه قد تمكَّن من معرفة الأحكام فإذا لم يفعل لم يسقط عنه بتفريطه كما لا تسقط العقليات عن من كمل عقله وإن ترك النظر.

[أقرَّ بالزنى بفلانة فأنكرت]

[٣٢١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر الرجل [٨٠ظ] أنه زنى بفلانة فجحدت لم يحد. وقال أبو يوسف وزفر ومحمد: يحد.

لأبي حنيفة: أنا حكمنا ببطلان إقراره في حق المرأة لأجل تكذيبها له، فأشبه إذا ادعت الزوجية. ولأنه لا يخلو أن يجعله زانيًا بها أو بغيرها، ولا يجوز إثبات الزنا فيها مع تكذيبها، لأنه غير مصدق عليها. ولا يجوز إثباته في غيرها؛ لأنه لم يقرّ بها. **ولا يلزم**: إذا كانت غائبة؛ لأن القياس أن لا يحد لجواز أن يحضر فيكذبه. وإنما تركوا القياس لحديث ماعز، ولأنا لم نحكم بكذبه في حقها. وفرق بين أن نحكم بالكذب وبين أن لا نحكم بالكذب وإنما هو موقوف.

وجه قولهم: ما روي في حديث سهل بن سعد الساعدي أن رجلًا أقر عند النبي صلى الله عليه أنه زنى بامرأة، فبعث النبي عليه السلام إليها فجحدت، فأقام الحد على الرجل.[١] ولأنه قد اعترف بالزنا فسقوط الحد عنها بالجحود كسقوطه بالجنون. **الجواب**: أما الخبر فيجوز أن يكون أقام الحد عليه لقذفها، وأما المجنونة فلم نحكم بسقوط فعلها وإنما حكمنا بسقوط حكمه.

---

١ **سنن أبي داود**، ١٥٠/٤ (٤٤٣٧)؛ **المعجم الكبير**، ١٧٩/٦ (٥٩٢٤).

[الرجل يطأ امرأة يظنها امرأته]

[٣٢٢.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أقر أنه وجد على فراشه امرأة فوطأها، أو كان أعمى فوطئ أجنبية يظنها امرأته: فعليه الحد. وقال زفر: لا حد عليه. وذكر ابن رستم عن محمد في الأعمى ينادي امرأته فأجابته امرأة غيرها، فوقع عليها: حد. وإن قالت: "أنا فلانة" فوقع عليها لم يحد.[1]

لنا: أن وجود المرأة على فراشه ليس بشبهة؛ لجواز أن يكون على فراشه ذات محرم، فصار كوجودها في داره. وكذلك الأعمى عليه معرفة امرأته بصوتها وكلامها، فإذا لم يفعل فقد فرَّط، فوجب عليه الحد. **ولا يلزم**: من زُفَّت إليه غير امرأته؛ لأن الرجل لا يتوصل إلى معرفة امرأته في الابتداء إلا بقول النساء، فلم يوجد من جهته تفريط. **لزفر**: أن وجودها على فراشه شبهة؛ لأن الظاهر أنه لا ينام على فراش الرجل غير زوجته، فصار كما لو زفت إليه، وكما لو كلمته.

[اختلاف الشهود في موضع الزنا من البيت]

[٣٢٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه [٨١و] الزاوية وشهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية الأخرى فعليه الحد استحسانًا. وقال زفر: لا حد عليه.[2]

وكان أبو الحسن يقول: المسألة محمولة على بيت صغير تتقارب زواياه. فقولهم: زنى في هذه الزاوية غير محمول على حقيقته؛ لأن الزنا يقع فيما يقارنها، فيجوز أن يكون كل واحد من الفريقين قرب الفعل إلى أحد الزاويتين، فلم يتيقن أنه فعلان،

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥١و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٥ظ.

فوجب تصحيح الشهادة. ولأن الواجب حسن الظن بالشهود، وحمل أمرهم على الصحة ما أمكن ذلك. **ولا يقال**: إن الحدود لا تثبت بالقياس، فكيف بالاستحسان؛ لأن الاستحسان هاهنا في تصحيح الشهادة، والحد يجب بالآية.

لزفر: أن كل واحد من الفريقين شهد بفعل غير الذي شهد به الآخر، كالبيتين.

[اختلاف الشهود في موضع الزنا]

[٣٢٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، فقال اثنان: "زنى بها في هذا البيت"، وقال اثنان: "زنى بها في هذا البيت الآخر" لم يحد المشهود عليه ولا الشهود. وقال زفر: يحد الشهود.[١]

لنا: أنهم اتفقوا على الزنا، وإنما سقط الحد عن المشهود عليه لشبهة، وهي اختلاف الفعلين، وما صار شبهة في سقوط الحد عن واحد لا يتعلق به الوجوب على غيره. ولأن الزنا لما حصل في شهادة الأربعة بطل به إحصان المشهود عليه، فلم يجب به على قاذفه الحد؛ لاختلاف الفعل. **لزفر**: أن كل واحد من الفعلين لم يثبت بشهادة أربعة، فصار الشاهد به قاذفًا، فوجب عليه الحد، كما لو شهد عليه بزنا واحد أقل من أربعة.

[الإقرار بالزنا]

[٣٢٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا شهد أربعة بالزنا فأقر المشهود عليه مرة بطلت الشهادة، ولم يحد حتى يقر أربع مرات. وقال محمد: لا تبطل الشهادة حتى يقر أربع مرات.[٢]

لأبي يوسف: أن الشهادة لا يتعلق بها حكم مع وجوب الإقرار، **الدليل عليه**:

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٦و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥١و.

الابتداء، فإذا حصل في الثاني أبطل حكم الشهادة. ولأن ما يطرأ على الشهود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء، فصار كأنه أقر ابتداء أمره ثم شهدوا عليه. **لمحمد**: أن الإقرار أقل من أربع مرات لا يثبت به الحد، فصار وجوده وعدمه سواء، فلم يؤثر [٨١ظ] في الشهادة.

[قدر التعزير]

[٣٢٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطًا. وعن أبي يوسف: أن أكثره خمسة وسبعون. وروي عنه أنه على ما يراه الإمام. وقال الطحاوي عنه: «إنه على ما يراه الإمام إلا أنه أقل من الحد».[١] وروى بشر عنه: أنه أقل من ثمانين. وروى ابن سماعة عنه: أنه على قدر ما يراه الإمام في ذلك النوع. وقال الحسن ما بين ثلاثة إلى خمسة وسبعين.[٢]

لأبي حنيفة ومحمد قوله عليه السلام: «من بلغ حدًا في غير حد فهو من المعتدين».[٣] وروى أبو بردة بن نيار أنه عليه السلام قال: «لا يجلد أكثر من عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى»،[٤] ولأن الحدود علقها الله تعالى بأجرام مخصوصة؛ لعلمه بالمصلحة، وهذا المعنى لا يوجد في غيرها، فلم يجز أن يبلغ بها مبلغها. ولأن الأربعين حد كامل، فلم يجز استيفاؤه على وجه التعزير، كالقطع.

لأبي يوسف: ما روي عن علي أنه قال: «في التعزير خمسة وسبعين»[٥] فاعتبر

---

١ **الجامع الصغير**، ٢٨٦؛ **مختصر الطحاوي**، ٢٦٥؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٠٨/٦.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٠ظ.

٣ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٥٢٨/٢ (٦٠٧)؛ **السنن الصغير** للبيهقي، ٣٤٦/٣ (٢٧٢٥).

٤ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٦١/١٤ (٢٩٤٧٨)؛ **مسند أحمد**، ١٩/٢٧ (١٦٤٩١).

٥ انظر: **نصب الراية**، ٣٥٤/٣.

أعلى الحدود، ونقص منه خمسة، فقلَّده في قدر النقصان، واعتبر أدنى الحدود. **وفي الرواية الأخرى**: اعتبر اجتهاد الإمام في كل نوع، فكأنه يقرب القذف بغير الزنا بحد القذف، وشرب غير الخمر من شرب الخمر، والوطء فيما دون الفرج من الزنا، حتى يعتبر كل شيء بنوعه.

[تأخير الشهود الشهادة]

[٣٢٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا آخذ في تأخير الشهود الشهادة على الزنا حدًّا. وروى الحسن ومحمد عنه: إذا شهدوا بعد سنة لم يقبل. وقال الحسن: إذا شهدوا بزنا متقادم ضُرِبوا الحد. وقالا: الوقت في التأخير شهر، إلا أن يكون هناك عذر معلوم.

لأبي حنيفة: أن التأخير المؤثر في الشهادة هو التأخير الذي يعلم به أن الشهود اختاروا الستر، فأما إذا أخَّروا لبعد الإمام، أو لعذر منعهم من الوصول لم يقدح ذلك في شهادتهم. وهذا المعنى يختلف باختلاف الأحوال، فلم يجز تقديره بمقدار؛ بل وقف على ما يراه الإمام. **لهما**: أن الشهر في حكم البعيد، وما دونه في حكم القريب، ولهذا يجعل الشهر أجلًا في الديون، فوجب تقدير التأخير به.

[تقادم الإقرار بشرب الخمر]

[٣٢٨.] **مسألة** [٨٢و] قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقر بشرب الخمر بعد حينٍ لم يحد. وقال محمد: يحد.

لهما: ما روي أن رجلًا أقر بشرب الخمر عند ابن مسعود فقال: «ترتروه، مزمزوه، ثم استنكهوه فإن وجدتم ريحا فاجلدوه»[١] وقضايا الصحابة كانت بحضرة

---

١ **مسند أبي حنيفة** للحارثي، ٧٨٥/٢ (١٣٥٢)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٤٨٨/١٤ (٢٩٢١٩).

الجماعة، ولم ينكر ذلك منكر ولا عرف من غيره خلافه، فوجب تقليده. ولأن هذا حد ليس للآدمي فيه حق فجاز أن يتأكد الإقرار فيه بأمر زائد، كحد الزنا، وليس هاهنا ما يتأكد به إلا بقاء الأثر. **ولا يلزم على هذا**: حد السرقة والقذف وقطع الطريق؛ لأن الآدمي تثبت له مطالبة فيها. ولأن الحد لما كان له أثر يستدل به على سببه فمتى أقر به مع عدم الأثر كان الظاهر عدم وجوده، فصار كمن بذل ظهره للضرب من غير سبب.

لمحمد: أن المقر لا تلحقه تهمة فيما يقر به على نفسه، فلم يؤثر التأخير في إقراره كحد الزنا.

وأما الشهادة بالشرب فذكر في **الجامع الصغير**: أن الشهادة مثل الإقرار، وأنه لا يحد مع عدم الرائحة.[1] وكان أبو بكر الرازي يقول: لا معتبر بالرائحة في الشهادة لأن الشهود لا يشهدون إلا بمعاينة الشرب والرائحة موجودة حال الأخذ فصار كوجودها حال الإقرار. وما ذكره في الكتاب محمول على الشهود إذا أخَّروا رفعَه حتى ذهبت الرائحة يُعَدُّ ذلك تقادمًا، فأما إذا أخذوه مع بقاء الرائحة فزالت قبل بلوغهم إلى الإمام وسماع شهادتهم جاز. وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الإقرار والشهادة سواء في اعتبار الرائحة.

* * *

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٧٧، ٢٧٨.

[باب القذف]

[فسق شهود القاذف]

[٣٢٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا جاء القاذف بأربعة فساقٍ، فشهدوا بالزنا: حُدَّ القاذف، ولم يُحَدّ الشهود. وقال زفر: يُدرَأ الحد عنهم جميعًا.[١]

لأبي يوسف: أن الله تعالى أسقط الحد عن القاذف بإقامة الشهادة بالزنا، والزنا لا يثبت إلا بشهادة العدول فصار ذلك كالمنطوق به في الآية، ولم يوجد فلم يسقط الحد. ولأن شهادة الفساق لما لم يبطل بها إحصان المقذوف لم يسقط الحد عن القاذف، كشهادة الاثنين. **لزفر**: أن الفساق من أهل الشهادة، وقد يقبل شهادتهم بعض الحكام إذا غلب على [٨٢ظ] ظنه عدالتهم، وإنما لم يثبت بشهادتهم الزنا للاحتياط، فوجب أن يسقط بها الحد عن القاذف.

[إقرار العبد بالحدود]

[٣٣٠.] **مسألة** قال أصحابنا: يجوز إقرار العبد بالحدود. وقال زفر: لا يجوز إقراره إذا أكذبه المولى. قال الطحاوي: «لم يوافق زفرَ على ذلك غير عمرو بن دينار».[٢]

لنا: أن الإقرار بالزنا لا يملكه المولى من عبده، فيملكه العبد من نفسه إذا كان مما يملكه الحر كالطلاق. ولأنه لو أقر بالردة قبل قوله، وتعلق به إتلاف الرقبة التي هي على ملك المولى، وهذا المعنى موجود في الإقرار بالحد. ولأنه لا يتهم على نفسه فيما يقر به بما يوجب العقوبة، وما لا يتهم فيه المقر ينفذ إقراره به، كالحد. **لزفر**: أن إقراره يتعلق به إتلاف مال المولى، فصار كما لو أقر بدين.

---

١ انظر: **نوادر المعلى**، ١١٢ظ؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٦/٢٣٥.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣/١٨٠.

[من يبدأ بالرجم]

[٣٣١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: يبدأ بالرجم الشهود، ثم الإمام، ثم الناس، فإن ماتوا أو غابوا لم يُرجَم. وقال أبو يوسف: يُرجَم مع موتهم أو غيبتهم. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الشهود إذا أصابهم مرض فلم يقدروا على الرجم رجم الإمام. وروى ابن أبي عمرو عن محمد في الزمنى والمرضى مثله.

لهما: أن ما روي أن شُراحة الهمدانية أقرت عند علي رضي الله عنه، فلفَّها في عباء، ثم قام فحمد الله وأثنى عليه وقال: «الرجم رجمان: رجم سر ورجم علانية. فرجم السر أن يشهد عليه الشهود فيرجمون ثم الإمام ثم الناس. ورجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها، فيرجم الإمام ثم الناس. ألا وإني راجم فلا ترجموا».[١] ثم رماها بحجر فلم يخطئ أصل أذنها، وكان من أصوب الناس رميًا، ثم خلى بينها وبين الناس. وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف. ولأن بداية الشهود اعتبرت احتياطًا للحد؛ لكي يرجعوا إن كانوا كذبوا عند مباشرة القتل، وما احتيط به في الحد فهو شرط، كالعدد. ولأنا لا نأمن أن يكونوا رجعوا مع غيبتهم، فيستوفى الحد مع الشبهة، وهذا لا يصح. وليس كذلك إذا كانوا زمنى ومرضى؛ لأن هناك [٨٣و] عذر مانع من فعل الرجم، فلم يتهموا في الترك.

لأبي يوسف: أن استيفاء الحد لا يقف على فعل الشهود كالجلد، ولأن ابتداء الإمام لما لم يكن شرطًا كذلك ابتداء الشهود.

[هل يوجب الزواج الباطل الحد]

[٣٣٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا تزوجت بخامسة أو بذات محرم فوطئها وهو يعلم بذلك لم يحد. وقالا: يحد. وهذه فرع على اختلافهم في تزويج ذوات الأرحام

١ **مصنف عبد الرزاق**، ٣٢٧/٧ (١٣٣٥٣)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٤٥/١٤ (٢٩٤١٧).

فعند أبي حنيفة نفس العقد شبهة في سقوط الحد، وعندهما المعتبر ما يشتبه على الناس، وقد بينا هذه المسألة.[١]

[العفو في حد القذف]

[٣٣٣.] **مسألة** قال أصحابنا: لا يصح العفو عن حد القذف. وذكر الطحاوي عن ابن أبي عمران عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف: أن عفوه يصح.[٢]

وهذا فرع على أن حد القذف حق لله تعالى؛ بدلالة أنها عقوبة سميت حدًّا. ولأنها عقوبة تتبعض بالرق والحرية فصار كحد الزنا، وإذا ثبت أنه حق لله تعالى لم يصح العفو عنه. **لأبي يوسف**: أنها يجب؛ لإدخال الشَّين على الآدمي كالقصاص في الشجة، ولأنه يستوفى من المستأمن، ولو كان من حقوق الله تعالى لم يستوف منه كحد الزنا.

[هل يوجب تصديق القاذف حدًّا]

[٣٣٤.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قذف رجلًا فقال آخر: "صدقت" حُدَّ الأول دون الثاني. وقال زفر: يُحَدَّان جميعًا.[٣]

لنا: أن قوله: "صدقت" يحتمل في القذف ويحتمل في غيره، فلم يجز إيجاب الحد بالاحتمال. وليس كذلك قوله: "صدقت هو كما قلت"؛ لأنه أزال الاحتمال، وأتى بغاية ما يمكن من التصديق، فلذلك كان قاذفًا. وليس كذلك إذا قال المقذوف: "لا؛ بل أنت"، لأن هذا على طريق الجواب، وقد نفى به الزنا عن نفسه، وأثبته لغيره،

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩ظ، وانظر المسألة رقم: ٣١٧.

٢ انظر: **مختصر الطحاوي**، ٢٦٥؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١٠/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٧و.

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٠ظ.

وهذا غاية ما يكون في الإثبات. وأما في مسألتنا: فلم يقل على وجه الجواب؛ لأنه ليس بمخاطب، فوجب اعتبار الاحتمال في كلامه.

لزفر: أن قوله: "صدقت" لا يستقل بنفسه، فالسؤال مضمر فيه، فكأنه قال: "صدقت في القذف".

[قذف الجارية]

[٣٣٥.] **مسألة** ذكر الطحاوي في الرجل يقر بحمل جاريته، ثم يموت، فقذفها قاذف: لم يكن عليه حد في قياس قول أبي حنيفة، وضعت له ولدًا حيًّا أو لم تضع. وفي قياس [٨٣ظ] قولهما: إن جاءت به إما[١] يحكم أنه من مولاها حد قاذفها، وإلا لم يحد.

لأبي حنيفة: أن الحمل يجوز أن يكون موجودًا ويجوز غيره، فلم يحكم بعتقها في حال القذف. وقذف من ليس بمحصن لا يتعلق به حد، وإذا لم يُعلَم وجوب الحد حال وجود القذف فلم يحكم به حال الوضع؛ لأن الحد لا يقف على شرط. **وعلى قولهما**: بالوضع يتبين أن الحمل كان موجودًا عند الدعوة، فعتقت بالموت فصار قاذفًا لحرة، فوجب عليه الحد. وهذا على قياس اختلافهم في مسألة القذف بالحمل.

[الذمي يقذف ثم يسترق حربيًا]

[٣٣٦.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قذف الذمي مسلمًا، ثم نقض العهد ولحق بالدار واسترق: سقط الحد عنه. وقال زفر: يحد ثمانون.

لنا: أن ما يطرأ على الحدود قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء، فكأنه قذف ابتداء وهو حربي. وليس كذلك إذا دخل بأمان؛ لأنه إذا دخل دار الحرب بأمان فهو

---

١ وصورته في المخطوط: 

مُبقىً على حكم دارنا، فلم يطرأ ما ينافي الحد. ولأنه لما استرق لم يجز أن يقام عليه الحد الكامل؛ لأنه لو ابتدأ القذف لم يكمل حده، ولا يجوز أن يقام عليه الحد الناقص؛ لأن ما يطرأ على الحد إذا أسقط بعضه أسقط جميعه.

لزفر: أن الحد قد وجب عليه بالقذف، ونقض العهد إذا لم يغلظ حكم العقوبة لا يخففها، وكما لو أعتق العبد بعد القذف لم يتغير حده، كذلك إذا استرق الحر لم يتغير.

[هل قوله: زنأت في الجبل إقرار أو قذف؟]

[٣٣٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال: "زنأت في الجبل" حُدَّ. وقال محمد: لا يُحَدُّ إذا قال: أردتُ به الصعود.[١]

لهما: أن العامة لا تفصل بين إدخال الهمزة وإخراجها، فصار عرفهم في ذلك كلغة أخرى، ومعلوم أنه لو قذف بالفارسية حُدَّ كذلك هذا. ولأنه لو قال: "زنأت" ولم يذكر الجبل كان قاذفًا، فكذلك إذا ذكره، مثل ما لو قال: "زنيت". ولا يجوز أن يُجعَل ذكرُ الجبل قرينةً؛ لأن الزنا قد يقع في الجبل كما يقع في السهل. **ولا يقال**: فيجب إذا قال ذلك العالِم باللغة أن لا يكون قاذفًا؛ لأن من أصحابنا من التزم ذلك، ومنهم من قال: لما صار هذا لغة [٨٤و] صار العربي كالقاذف بلغة أخرى.

لمحمد: أن كل متكلم بلغة يحمل كلامه على ما تقتضيه تلك اللغة؛ بدلالة الطلاق والعتاق. و"زنأت" بالهمز عبارة عن الصعود، فكأنه صرَّح بذلك.

[من له المطالبة بالحد]

[٣٣٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قذف الميت لم يأخذ بحده إلا الوالد وإن علا والولد وإن سفل. وقال محمد في **الإملاء**: لا يأخذ بالحد إلا الولد

---

١ انظر: **الأصل**، ٢١٩/٧؛ **الجامع الصغير**، ٢٩٠؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٤١/٦، ٢٤٢.

والوالد ممن يرث ويورث، فيأخذ بالحد بنت الابن. وذكر أبو الحسن عنه: أن من كان يرث ولا يورث صح، أو يورث ولا يرث لم يأخذ كأب الأم، فإذا اجتمعت الصنفان جاز له استيفاء الحد. قال أبو الحسن: يعني بقوله: "يرث ولا يورث" مع العصبة. قال: ومن حُرِم الميراث بغير النسب مثل القاتل والعبد فلهما المطالبة بالحد.[1]

لهما: أن المطالبة بالحد تثبت لمن يحصل بالقذف قدحٌ في نسبه؛ ولهذا المعنى لا يثبت للأخ والعم. ومعلوم أن القدح يحصل في نسب ولد البنت، كما يحصل في نسب ولد الابن، فجرى أحدهما مجرى الآخر. ولأن ولد البنت وأم الأم يثبت لهما الميراث بحالة ولا يثبت بحال، ولهما ولاد، والقاتل والكافر لا يثبت لهما ميراث في جميع الأحوال، فإذا كان للكافر المطالبة فهذا أولى.

لمحمد: أن ولد البنت ينسبون إلى أبيهم، فلا يضرهم قطع النسب من جهة أمهم، فصاروا كالأخ والعم. ولأنهم لما لم يكونوا ممن يرث ولا يورث ضعفت جهة قرابتهم، فصاروا كالأخ والعم.

وقد قال أبو يوسف: يأخذ بالحد القريب والبعيد من الولد. وقال زفر: ليس للأبعد مطالبة مع وجود الأقرب.

لأبي يوسف: أن المطالبة ثبتت للقدح في النسب، وهذا المعنى موجود في القريب والبعيد. **لزفر**: أن القرب أخص بالقدح في النسب، فصار كأنه هو المقذوف، فلا يكون لغيره أن يطالب مع وجوده. ولأن هذا لا يثبت على الميراث؛ لأن الحد لا يورث، وإنما يثبت على طريق الولاية، فصار كولاية النكاح، فيختص بالأقرب فالأقرب.

---

١ انظر: **الأصل**، ١٩٨/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١٤/٦، ٢١٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٨و، ٣٥٨ظ.

[هل يحد قاذف المجوسي إذا أسلم]

[٣٣٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا تزوج المجوسي ذات محرم فوطئها ثم أسلم: حُدَّ قاذفه. وقالا: لا يحد.[١]

لأبي حنيفة: أنه عقد يَعتقِد إباحتَه ويُقَرُّ عليه، كالنكاح [٨٤ظ] الصحيح. **ولا يلزم على هذا**: نكاح المسلم بغير شهود؛ لأنه لا يُقَرُّ عليه. **لهما**: أنه عقد محرَّم بالإجماع، فأشبه عقد المسلم على ذوات محارمه.

[قذف من تزوج بمعتدة ولا يعلم]

[٣٤٠.] **مسألة** روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة فيمن تزوج بمعتدة وهو لا يعلم، فدخل بها، ثم قذفه إنسان: لم يحد قاذفه. وقال محمد: يحد.

لأبي حنيفة: أنه وطئ محرَّم على التأبيد، مُجمَع عليه في غير ملك لا يقر عليه، فلا يختلف بالعلم والجهل، كالزنا. **لمحمد**: أنه وطئ مباح في الظاهر، فلم يوجب زوال الإحصان، كالوطء في الملك.

وأما إذا وطئ مكاتبته: حُدَّ قاذفه في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يُحَدُّ. وهو قول زفر. وروى الحسن عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة.

لهما: أن ملك الواطئ بحاله، وإنما هناك تحريم عارض في الملك، كالحيض والإحرام. **لأبي يوسف**: أن يد المولى زالت عنها بعقد كالتي باعها. ولأن ملكه زال عن استباحتها؛ ولهذا يجب المهر، فصارت كالأجنبية.[٢]

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٣٩/٦، ٢٤٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٩و، ٣٥٩ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٩ظ.

[هل يسقط الحد عمن زنى بامرأة ثم تزوجها؟]

[٣٤١.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن زنى بامرأة ثم تزوجها سقط الحد. وقال أبو يوسف: عليه الحد. وروى ابن سماعة في **نوادره** فيمن زنى بحرة فتزوجها، أو بأمة ثم اشتراها: سقط الحد، لم يسقط الحد في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يسقط. وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن زنى بامرأة ثم تزوجها: لم يسقط الحد وإن اشتراها.[١]

وجه الرواية التي قال "يسقط الحد فيهما": أن ما يطرأ على الحدود قبل استيفائها بمنزلة الموجود في الابتداء، فصار كأنه وطئ على هذه الصفة. ولأنه لو ملك العين المسروقة سقط الحد؛ لاستحالة أن يقطع في عين هي على ملكه، كذلك يستحيل أن يحد لأجل استباحة من هي على ملكه.

وجه الرواية التي لم يسقط الحد فيها: أن الحد إذا وجب لم يجب لأجل العين، وإنما يجب لأجل استباحة المنافع دون قيمة الرقبة، وتلك الاستباحة التي وجب الحد لأجلها عُدِمت، وملك بالعقد استباحة [٨٥و] أخرى، فصار كما لو ملك غير العين المسروقة، فلا يسقط الحد فيها. وليس كذلك إذا ملك العين المسروقة؛ لأن الحد وجب لأجلها؛ ولهذا يضمنها إذا سقط القطع، وهي تلك العين التي وجب الحد لأجلها، واستحال أن يستوفى من الحد.

وجه رواية الحسن: أن الحرة إذا تزوجها لم يملك منافع بضعها وإنما تثبت له الاستباحة، ولهذا لو وطئت بشبهة لم تستحق المهر، وإذا لم يملك ما وجب الحد لأجله لم يسقط الحد، وليس كذلك الأمة إذا اشتراها؛ لأنه ملك منافع بضعها، ومتى ملك ما وجب فيه الحد سقط الحد، كالعين المسروقة إذا ملكها.

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٦/٢٧٧، **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٦و، ٣٦٩و، ٣٦٩ظ.

[اختلاف الشهود في يوم القذف]

[٣٤٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهد شاهد أنه قذفه يوم الخميس وشهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة: قُبِلت شهادتهما. وقالا: لا تُقبَل.[١]

لأبي حنيفة: أن القذف طريقه الأقوال، والأقوال تُعاد وتكرر، فلم يؤثر فيها اختلاف الأيام، كالإقرار. **لهما**: أن كل واحد منهما شهد بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر، وكل واحد من القذفين لا يثبت إلا بشهادة شاهدين.

[الرجل يحد بشهادة الفريقين ثم يرجع بعضهم]

[٣٤٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة [وأبو يوسف] في أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة، وأربعة شهدوا أنه زنى بامرأة أخرى، فرجم بشهادة الفريقين، ثم رجع أحد الفريقين وواحد من الفريق الآخر: غرموا ربع الدية وحُدُّوا. وقال محمد: لا حد عليهم.[٢]

لهما: أن شهادة الفريقين جعلت كشهادة الفريق الواحد؛ بدلالة أن الغرم الواحد يَتساوَوْن فيه، فصار كما لو شهد ثمانية بزنا واحد، ثم رجع خمسة. ولأنهم إذا جُعِلوا كالفريق الواحد في الضمان فكذلك في الحد. **لمحمد**: أن كل فريق لما شهد بغير ما شهد به الآخر صاروا مع الفريق الآخر كالأجانب، ومعلوم بأن أجنبيًا لو قذف المشهود عليه لم يحد، كذلك كل واحد من الفريقين مع الآخر.

[الوطء في عقد مختلف فيه]

[٣٤٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا نظر إلى فرج امرأة بشهوة ثم تزوج أمها، أو اشتراها فوطئها: حد قاذفه. وقالا: لا يحد.[٣]

---

١ انظر: **الأصل**، ٥/٥٦.

٢ انظر: **الأصل**، ١٢/٤٨.

٣ انظر: **الأصل**، ٧/٢٠٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٩و.

لأبي حنيفة: أن العقد وقع [٨٥ظ] بجميع شرائطه، ويجوز أن يُقَرَّ عليه إذا حكم به حاكم، ويحل الوطء، فصار كالنكاح الصحيح. **لهما**: أنه وطء محرَّم على التأبيد وليس في إباحته نصٌّ مُتأوَّل، فصار كوطء محارمه بملك اليمين. **ولا يلزم**: إذا جمع بين الأختين بملك اليمين فوطئهما؛ لأن فيه نصٌّ متأوَّل. ولأن تحريمه ليس بمؤبَّد في كل واحدة ألا ترى أنه إذا باع إحداهما أو زوَّجها حلَّتْ له الأخرى.

وجملة هذه المسائل: أن كل موضع وقع الوطء في ملك الغير إلا أن الحد سقط لمعنى في الموطوءة أو في الفعل فإن الحد لا يجب على قاذفه، مثل الوطء بنكاح فاسد أو جارية مشتركة، لأنه وطء محرَّم على التأبيد في غير ملكٍ كالزنا.

ومنها: أن يقع الوطء في ملك نفسه إلا أنه يحرم عليه تحريمًا مؤبَّدًا بنص أو اتفاق، مثل: أن يشتري أخته من الرضاعة، أو أمَّ امرأته، أو ابنتها، أو امرأة ابنها، فوطئ واحدة من هؤلاء: لم يحد قاذفه؛ لأن وطؤهنَّ محرَّم على التأبيد، فصار كالوطء في ملك الغير. **ومنها**: التحريم العارض في الملك الذي يزول لمعنى حادث، مثل: وطء الحائض والمُحرِمة الصائمة، فلا يسقط الحد عن القاذف؛ لأنه وطء في ملكه، والتحريم فيه عارض، فصار كوطء المريضة والصغيرة. **ومنها**: أن يقع الوطء في ملكه إلا أن تحريمه مُختلَف فيه وليس فيه نص مقطوع به، مثل: مسألة الخلاف.

وإن شئت جمعت هذه الجملة فقلت: الوطء على ضربين: وطء في ملك الغير ووطء في ملك نفسه.

فالأول على ثلاثة أوجه: **[الأول]**: أن يكون نفس العقد مما يجوز استباحته عند بعض الناس، وقد وُجد العقد بجميع شرائطه. فهذا على الخلاف الذي قدمنا. **والثاني**: أن يكون العقد لا يجوز استباحته بالإجماع، كنكاح ذوات المحارم، فلا يُحَدُّ قاذفُه وإن وُجد العقد بشرائطه. **والثالث**: أن يكون البضع مما يجوز استباحته إلا أن العقد لم يوجد بشرائطه، فلا حد على قاذفه في قولهم.

والضرب الثاني على وجوه: [الأول]: إن كان التحريم مؤبَّدًا [٨٦و] لنص أو اتفاق لم يحد قاذفه. **[الثاني]**: وإن كان عارضًا حُدَّ كالحيض. **والثالث**: أن يشبه العارض من وجه والمؤبَّد من وجه، مثل: الأمة يشتريها وقد كان وطئ أمَّها حرامًا، فإن قاذفه يُحَدُّ عند أبي حنيفة، ولا يُحَدُّ عندهما.

[أمة تجني فيطأها المجني عليه]

[٣٤٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا جنت أمة الرجل فوطئها المجني عليه، فاختار المولى الدفع: لم يسقط الحد. وقال أبو يوسف: يسقط استحسانًا.

وهذا فرع على إحدى الروايتين: أن ملك الأمة [المزني] بها[١] لا يسقط الحد، وليس الدفع أكثر من طريان الملك بعد الزنا؛ ألا ترى أنه لم يكن للمجني عليه حق ملك فيها ولا شبهة؛ لجواز أن يختار المولى الفداء دون الدفع. وليس كذلك إذا قتلت رجلا عمدًا فزنى بها الولي: أنه لا حد عليه؛ لأن من السلف من قال: إن للولي أن يتملك القاتلة بثبوت القتل له فيها، كما يتملك الحربي، وإذا كان الاختيار إليه صار ذلك شبهة.

لأبي يوسف: أن الجناية تعلقت برقبتها، وثبت له حق الملك بالدفع، فإذا حصل استقر ذلك الحق، فصار شبهة في سقوط الحد.

[حد السكر الذي فيه الحد]

[٣٤٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: السكر الموجِب للحد أن لا يعرف السماء من الأرض، والرجل من المرأة. وقالا: إذا اختلط أكثر كلامه.[٢]

---

١ والذي في المخطوط: المولى بها، ولعل الصواب ما أثبت. وصورتها في المخطوط: 

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٧٦/٦. | ووجه ذكر المسألة من محلها الذي تورد فيه وهو كتاب الأشربة في هذا الموضع ما ساقة من ترتب الحد على الزنا وعدمه حال السكر.

لأبي حنيفة: أن الله تعالى خاطب السكران الذي يعقل بقوله: ﴿لَا تَقْرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء، ٤/٤٣]، فمنع السكران الذي لا يعقل من الصلاة، فإذا بقي شيء من عقله دلَّ على أنه في حكم غيره. ولأن غاية السكر أن لا يبقى شيء من التمييز، والحد يتعلق بالمقصود من النوع ولا يتعلق بما دونه، كحد الزنا الذي يختص بالوطء في الفرج.

لهما: ما روي أن الشارب قال لعمر بن الخطاب: «شربت من إداوتك» فأقام عليه الحد مع تمييزه لما شرب،[1] ولأنه متى اختلط أكثر كلامه صار كالمجنون. والجواب: أما حديث عمر إنما قال الشارب ذلك عند إقامة الجلد، والإمام لا يقيم الحد إلا بعد زوال السكر، وتمييزه في هذه الحال غير معتبر. وأما اعتبار اختلاط أكثر كلامه فقد يوجد من النشوان الهذيان، ولا يجب فيه الحد. [٨٦ظ]

[اختلاف الشهود في صفة المزني بها]

[٣٤٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا شهد شاهدان أنه زنى بامرأة سوداء، وآخران أنه زنى بامرأة بيضاء: دُرِئَ الحد عن المشهود عليه والشهود. وقال زفر: يحد الشهود. ولو اختلفوا في لون ثيابها حد المشهود عليه في قولهم جميعًا.

لأبي يوسف: أنهم اتفقوا على فعل الزنا، وسقط الحد لاختلافهم في اللون، فصار ذلك شبهة في سقوط الحد عن الواطئ، فلم يجز أن يكون سببًا في إيجاب الحد على الشهود. وليس كذلك لون ثيابها؛ لأنه قد يجتمع عليها لونان في حالة واحدة، فيشاهد كل فريق لونًا. **لزفر**: أن كل واحد من الفريقين شهد بزنا غير الذي شهد به الآخر، والزنا إذا لم يثبت بأربعة لم يتعلق بشهادتهم حكم، وصاروا قذفة.

---

١ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٤/٤٣١ (٢٨٩٩١).

[اختلاف الشهود في مكان الزنا]

[٣٤٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا شهد اثنان أنه زنى بالبصرة، واثنان أنه زنى بالكوفة: لم يحد المشهود عليه ولا الشهود. وقال زفر: يحد الشهود.[١]

لنا: أن الشهود اتفقوا على الزنا، وإنما أسقطنا الحد عن المشهود عليه للاختلاف فيما لا تفتقر الشهادة إلى ذكره، فصار كما لو اختلفوا في لون الثياب. ولأنا أسقطنا الحد عن المشهود عليه للشبهة، فلم يجز إيجاب الحد على غيره بذلك المعنى. **لزفر**: أن كل واحد من الفريقين شهد بفعل غير ما شهد به الآخر، ونقصان العدد في الشهود يوجب الحد عليهم.

[تقادم الإقرار بالزنا]

[٣٤٩.] **مسألة** إذا أقر بزنا بعد حينٍ حُدَّ. وقال زفر: لا يحد.[٢]

لنا: أن النبي صلى الله عليه لم يسأل ماعزًا عن الوقت الذي زنى فيه، وكذلك لم يسأل الغامدية، ولو كان الحكم يختلف لسأل. ولأنه غير متهم فيما يقر به على نفسه، والشهادة إنما أثر فيها التأخير للتهمة، وليس كذلك إذا أقر بالشرب؛ لأن التأخير غير مؤثر، وإنما يعتبر بقاء الأثر عندنا. **لزفر**: أن الإقرار سبب لثبوت الحد فأثر فيه التقادم كالشهادة.

[رجوع المشهود عليه بعد إقراره]

[٣٥٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا شهد الشهود بالزنا، فأقر المشهود عليه بالإحصان، ثم رجع: قُبِل رجوعه. وقال زفر: لا يقبل.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٨٣.

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٧٧، ٢٧٨.

لأبي يوسف: أن رجوعه يتضمن سقوط الحد، فكأنه أقر بما يوجب [٨٧و] الرجم ثم رجع. ولأن الشهود بالإحصان لو رجعوا قبل إقامة الحد صح، كما لو رجعوا عن الزنا، فدل على أن أحد الأمرين كالآخر.

لزفر: أن الإقرار بالإحصان اعتراف بالنكاحِ والدخولِ والإسلامِ والحريَّةِ، وهذه المعاني لا يصح الرجوع عنها بعد الاعتراف. **وهذا الذي قاله لا يصح على أصله**؛ لأنه لا يُثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين، وإن جاز أن تثبت الشرائط به في غير الزنا، كذلك يصح الرجوع إذا كان مع الزنا، ولا يصح إذا انفرد.

[إحصان زوجين ارتدا معًا]

[٣٥١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: إذا ارتد الزوجان معا بطل إحصانهما. وقال أبو يوسف: لا يبطل. **وهذا فرع على اختلافهم**: أن الإسلام هل هو من شرائط الإحصان أم لا؟ وإذا كان شرطًا اعتبر بقاؤه. وعنده: ليس بشرط، فزواله لا يؤثر. وإذا تزوج بغير ولي ودخل بها صارا محصنين. وعن أبي يوسف: أنه لا يثبت به الإحصان على أصله أن العقد لا يصح.[١]

[الوكالة في إثبات الحد]

[٣٥٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز إثبات الحد بالوكالة. وقال أبو يوسف: لا يجوز. وروى الحسن عنه: جوازه.

لهما: أن الإثبات سبب في الحد، فجاز بما قام مقام الغير، كالإحصان. ولأن الإثبات لا يوجد معنى الشبهة فيه، وإنما يوجد ذلك في الاستيفاء، فصار كإثبات سائر الحقوق. **لأبي يوسف**: أن الإثبات يراد للاستيفاء، فإذا لم يجز الاستيفاء كذلك الإثبات.[٢]

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٩١/١٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٤٩ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ١٩٩/٧، ٣٧٢/١١، ٣٧٣؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٧٣/٣.

[هل استعمال التفضيل قذف؟]

[٣٥٣.] **مسألة** روي عن أبي حنيفة إذا قال: "أنت أزنى الناس" أو "أزنى من فلان الزاني": فلا حد عليه. وقال أبو يوسف: هو قاذف. ولو قال: "أنت أزنى مني" أو "من فلان": لم يكن قاذفًا.

لنا: أنه يحتمل أنه: "أفعل الناس للزنا"، أو "أعلم الناس به"، فلم يثبت الحد بالاحتمال. **لأبي يوسف**: أن التفضيل استعمله فيه وفيمن يفعل الزنا، فالظاهر أن المراد به الاشتراك، كما يقال: "هذا أجلى من هذا".[١]

[نسبة الحبل إلى الزنا]

[٣٥٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا قال لامرأة حبلى: "حبلك هذا من زنا" أو "**أنت** حبلى من الزنا" لم يكن قاذفًا. وقال أبو يوسف: يضرب الحد.

لنا: أن القاذف أضاف [٨٧ظ] القذف إلى شرط وهو الحبل، وهذا المعنى غير متيقن، فلم يجز إثبات الحد بالشبهة. ولأنها قد تحبل من الزنا وليست زانية إذا كَرهت،[٢] فلم يكن ذلك قذفًا. **لأبي يوسف**: أن الحمل يحكم به؛ ولهذا يرد به بالعيب، ويثبت له الميراث والوصية، وإذا حكم بوجوده صح القذف.

[الإقرار الذي يكون به الحد]

[٣٥٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: يُحَدُّ الشارب بإقراره مرة. وقال أبو يوسف وزفر: بإقراره مرتين في مجلسين.[٣]

---

١ انظر: **الأصل**، ٥/٥٠؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٦/٢٤٣

٢ هكذا في المخطوط، ولعل صوابها: أُكرهت.

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥١و، ٣٥١ظ.

لهما: أن ما جاز إثباته بشهادة شاهدين جاز بإقراره مرة كالديون. **لأبي يوسف**: أنه حد فاعتبر عدد الإقرار بعدد الشهود كالزنا.

[قذف امرأته قبل الدخول فعلم أنها أخته رضاعًا]

[٣٥٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قذف امرأته ولم يدخل بها حتى عَلِم أنها أخته من الرضاعة: لم يحد. ورواه الحسن عن أبي حنيفة. وقال زفر: يحد.

لهما: أن هذا القذف أوجب اللعان في الظاهر، فإذا سقط من طريق الحكم لم يجب الحد، أصله: إذا ماتت. **لزفر**: أنه قذف أجنبية، فيتعلق بقذفها الحد كما لو كان عالِمًا.

[أسلم بعد إقامة بعض الحد عليه هل تقبل شهادته]

[٣٥٧.] **مسألة** قال أبو يوسف في نصراني قَذَف مسلمًا، فضُرِب بعضَ الحد، ثم أسلم، فضُرِب بقيته، ثم تاب: قبلت شهادته. وقال زفر: لا تقبل.[1]

لأبي يوسف: أن بطلان الشهادة يتعلق بإقامة الحد الكامل في الإسلام؛ بدلالة أنه لو جُلِد أقل من الحد لم تبطل شهادته، ولم يضرب بعد الإسلام حد كامل،[2] فصار كالتعزير. **لزفر**: أن سقوط الشهادة يتعلق بالسوط الأخير؛ بدلالة أنه لو جُلِد الحد إلا ذلك السوط لم تبطل شهادته، وقد وُجِد ذلك بعد الإسلام فأسقط الشهادة.

[تأجيل القاذف إذا ادعى بينة على الزنا]

[٣٥٨.] **مسألة** قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في القاذف إذا ادعى بينة على الزنا: أجَّلتُه قدر مجلس القاضي. وقال أبو يوسف: أحبسه وأستأني ولا أعجل.

---

١ انظر: **الأصل**، ٧/٢٢٤.

٢ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: حدًا كاملًا.

لأبي حنيفة: أن الحد قد وجب عليه، والحقوق التي يطالب بها الآدمي إذا ثبتت فادعى من وجبت عليه ما يسقطها لم يجب الاستيناء أكثر من مقدار المجلس، كالديون. **لأبي يوسف**: أن الحدود يعتبر فيها الاحتياط، فلم يجز إثبات الاستيناء مع تجويز حضور الشهود.

[اشترى جارية فوطئها ثم استحقت]

[٣٥٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى [٨٨و] أمة فوطئها، ثم استحقت: لم يكن على قاذفه حد. وقالا: يحد قاذفه.

لهما: أنه وطء محرَّم بإجماع في غير ملك لا يُقَرُّ عليه، كالزنا. **لأبي يوسف**: أنه وطئها وهي في الظاهر على ملكه، ووطؤه لها حلال، فصار كملك نفسه.[١]

[شهادة النساء في التعزير]

[٣٦٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا تقبل في التعزير شهادة النساء. وقال الحسن: تقبل.

لأبي حنيفة: أنه حق يلزم على وجه العقوبة، كالحد. ولأنه يفعل للزجر، كالقصاص. **للحسن**: أنه يجوز فيه العفو، كالديون. ولأنه تأديب، فصار كحقوق الآدميين.[٢]

* * *

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥٩ظ.

٢ والذي ذكره في **شرح مختصر الكرخي** قول الحسن. انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٥١ظ.

كتاب السرقة

[القدر الذي يقطع فيه]

[٣٦١.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة فيمن سرق ما يساوي عشرة دراهم مما يحوز بين الناس: قطع. وقالا: لا يقطع حتى يبلغ قيمته عشرة مضروبة. وعن أبي حنيفة مثله. وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف فيمن سرق عشرة رديئة تجوز بين الناس:[١] قطع. وقال زفر: لا يقطع. قال ابن أبي مالك: كان قول أبي يوسف مثل قول زفر.[٢]

لأبي حنيفة: ما روى عمرو بن شعيب قال: قلت لسعيد بن المسيب: إن عُرْوة والزهري وسليمان بن يسار يقولون: «لا تقطع اليد إلا في خمسة دراهم» فقال: «أما هذا فقد مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه بعشرة دراهم».[٣] ولأن ما اعتبر فيه النصاب فالمعتبر ما يجوز بين الناس، كالزكاة. **لهما**: أن العشرة التي لم تضرب ناقصة في المعنى، كنقصان الوزن.

[المعتبر في تقدير قيمة المسروق]

[٣٦٢.] **مسألة** ذكر في **الأصل** من غير خلاف: أن قيمة العين المسروقة إذا نقصت قطع، وإنما ينظر إلى قيمتها يوم إخراجها من الحرز. وقال أبو يوسف في

---

١ أي: تنفق وتروج بين الناس، وهو قبولها على ما بها. انظر: **لسان العرب**، «جوز».

٢ انظر: **الأصل**، ٢٢٧/٧، ٢٢٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٢ظ، ٣٦٣و.

٣ انظر: **مسند أبي حنيفة**، ٣٨٣ (٣١٤)؛ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٥٤١/٢ (٦٢٥)؛ **مصنف عبد الرزاق**، ٢٣٣/١٠ (١٨٩٥١).

الإملاء: لا يقطع حتى يكون قيمتها كاملة يوم الأخذ إلى يوم القطع، فإن نقصت في حال من هذه الأحوال لم يقطع. وذكر ابن سماعة عن محمد: إذا كانت قيمة الثوب عشرة فأُخِذ السارق في بلد آخر قيمته ثمانية لم يقطع.[١]

لأبي يوسف: أن العين معتبرة في وجوب القطع؛ بدلالة أنه لو وُهِبها لم يقطع فيها، فإذا نقصت قيمتها فقد طرأ على سبب الحد ما لو كان موجودًا لمنع الوجوب، فيمنع البقاء كهبة العين. ولأنه لا يصح أن يقطع فيها إذا وهبت له؛ لأن [٨٨ظ] العين معتبرة، فلا يقطع في ملك نفسه، كذلك لا يقطع في عين ناقصة القيمة. **ولا يلزم**: إذا تزوج بالمزني بها؛ لأن الحد يسقط في إحدى الروايتين. وعلى الرواية الأخرى: الحد لا يجب لأجل العين، فلا يؤثر فيه تغير أحوالها.

لمحمد: أن القطع يتعلق بالإخراج من الحرز، فالنقصان بعد ذلك لا معتبر به، كنقصان الإقرار. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الأجزاء الناقصة مضمونة على السارق، فكأنها باقية، وصار تلف جزء من العين كتلف جميعها، ونقصان القيمة ليس بمضمون، فلم يصر كالباقي.

[الإقرار بالسرقة]

[٣٦٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر بالسرقة مرة قطع. وقال أبو يوسف: لا يقطع حتى يقر مرتين. وحكى بشر رجوعه.[٢]

لهما: حديث أبي هريرة أن سارقًا حُمِل إلى النبي صلى الله عليه فقال: «ما إخاله

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٣و، ٣٦٣ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٨٢/٧؛ **اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى**، ٢٥١؛ **نوادر المعلى**، ٤١١ظ؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٧٨٢/٦.

سرق» فقال: «بلى، سرقت» فأمر بقطعه.[١] **ولا يقال**: إنه قطع بالشهادة؛ لأنه لو كان كذلك لم يُلقِّنه الرجوع. ولأنه حق يجوز إثباته بشهادة شاهدين، فجاز إثباته بإقرار مرة كالديون. ولأنه سبب يستحق به قطع عضو، كالقصاص. ولأنه لو لم يجب به القطع بإقراره مرة لوجب بها الضمان، ولم يثبت القطع بالإقرار الثاني؛ لأن القطع والضمان لا يجتمعان، وليس كذلك الزنا؛ لأنا إذا لم نوجب الحد بإقرار مرة لم يثبت المهر لعدم العقد والشبهة.

لأبي يوسف: حديث أبي أمية المخزومي أنه عليه السلام أتي بسارق فاعترف اعترافًا ولم يُوجَد معه المتاع، فقال عليه السلام: «ما إخالك سرقت» فقال: «بلى، سرقت» فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا قال: «بلى» فأمر به فقطع.[٢] وروي أن رجلًا أقر بالسرقة عند علي رضي الله عنه مرتين فقال: «قد شهدت على نفسك شهادتين» فقطعه.[٣] ولأنه حد فاعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهود، كالزنا.

[ما يقطع فيع وما لا يقطع]

[سرقة الطعام]

[٣٦٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا يقطع في الطعام الذي يسرع إليه الفساد. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: أقطع في الطعام يابسه ورطبه، والبقول والفواكه. [٨٩و] وروى ابن أبي مالك عنه أنه قال: لا أقطع في الثريد والخبز والفاكهة التي لا تبقى.[٤]

---

١ انظر: **سنن الدارقطني**، ٩٨/٤ (٣١٦٤).

٢ **مسند أحمد**، ١٨٤/٣٧ (٢٢٥٠٨)؛ **سنن ابن ماجه**، ٢٨/٣ (٢٥٩٧).

٣ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٣٩٠/١٤ (٢٨٧٧٥).

٤ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٩٨/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٦ظ، ٣٦٧و.

لهما قوله عليه السلام: «لا قطع في ثمر ولا كَثَرٍ».[١] وقد قيل: "إن الكثر هو الجُمَّار"،[٢] وقيل: "النخل الصغار"، فيجوز أن يكونا مرادَين. والمعنى في النخل الصغار أنه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام. ولأن أخذه في الأصل مباح على وجه لا يتعلق به حق بحال فصار أخذ السارق من جنس ذلك الأخذ فلم يتعلق به وجوب الحد، كالنكاح الفاسد لمَّا كان من جنس النكاح الصحيح لم يجز أن يتعلق به حد. **ولا يلزم**: الذهب والفضة؛ لأنه لا يحوز أحدهما إلا وحق الخمس متعلق بهما. **ولا يلزم**: الياقوت؛ لأنه قد يجب بأخذه حق إذا كان ركازًا.

لأبي يوسف: أنه مال مقصود كسائر الأموال، وكونه مباحًا في بعض المواضع لا يسقط الحد فيه، كالذهب والفضة.

[سرقة الطين]

[٣٦٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع في الطين. وقال أبو يوسف: يُقطَع في كل شيء إلا التراب والسرقين.[٣]

لهما: ما روى عبد الرحمن بن عوف أن النبي صلى الله عليه قال: «لا قطع في الطين»، وعن علي وعثمان مثله. ولا مخالف لهما. ولأنه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام كالماء والتراب. **لأبي يوسف**: أنه متموَّل مقصود، كسائر الأموال.

[سرقة القرون]

[٣٦٦.] **مسألة** روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في **نوادره** عن أبي حنيفة قال: لا أقطع في القرون معمولة كانت أو غير معمولة. وقال أبو يوسف: إذا كانت معمولة قطع فيها.[٤]

---

١ **موطأ الإمام محمد**، ٢٣٧ (٦٨٤)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٤٧٧/١٤ (٢٩١٧٦).

٢ وهو شحم النخل ولبه. انظر: **النهاية** لابن الأثير، ٢٤٩/١.

٣ انظر: ؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٧و.

٤ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٨و.

لأبي حنيفة: أن الصِّناعة فيها لا تقلب أعيانها؛ بدلالة أنها هي المقصودة دون الصناعة، فإذا لم يقطع فيها قبل العمل كذلك بعده؛ ولهذا لم يقطع في البواري، لأن الصناعة غير غالبة على عين القصب. **لأبي يوسف**: أن الصناعة تجعلها في حكم عين أخرى، فصارت كالخشب إذا عمل.

[سرقة المصحف]

[٣٦٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: لا يُقطَع سارق المصحف وإن كان محلًّى. وروى ابن سماعة عن محمد قال: أقطع فيه إذا ساوى عشرةً، محلًّى كان أو غير محلًّى. قال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن من سرق مصحفًا فيه شعر قال: لا أقطع، فأما المصحف الفارغ التي لا كتابة فيها [٨٩ظ] والأدم والورق والدفاتر فإني أقطعه. وقال أبو يوسف: سارق المصحف أقطعه، وسارق المصحف التي فيها الشعر ما لم يكن فيها معصية.[١]

لهما: أن المقصود من المصحف ما هو مكتوب فيه، وذلك مما لا يتعلق به قطع، فلم يتعلق بما ليس بمقصود، كمن سرق حرًا عليه ثياب. ولأنه مأذون في أخذه والقراءة فيه في العادة، فصار ذلك شبهة في الأخذ فمنع القطع. ولأنه مُختلَف في كونه مالًا؛ ألا ترى أن شريحًا ومسروقًا وعبد الله بن يزيد قالوا: «لا يباع المصحف»، وقال النخعي: «لا يورث، يقرأ فيه الورثة»، وقال ابن عمر: «بئست التجارة بيع المصاحف»، وكره ابن شُبْرُمة بيعها، فإذا اختلف في كونه مالًا صار اختلافًا في أن الآخذ سارق أو ليس بسارق فلا يجب عليه قطع.

لأبي يوسف: أنه مال يجوز بيعه وشراؤه كسائر الأموال.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٤٢/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٩٣/٦، ٢٩٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٧ظ.

[سرقة الصليب والصنم والشطرنج]

[٣٦٨.] **مسألة** روى ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن سرق صليبَ ذهب أو صنمًا: لم يقطع، وكذلك قال أبو يوسف. قال هشام عن محمد فيمن سرق شطرنجًا من ذهب: لم أقطعه. وقال أبو يوسف: إذا كان الصليب في مصلَّاهم فلا قطع فيه، وإن كان محرزًا في بيت رجل قطعتُه فيه.[1]

لهما: أن الصليب مصنوع للمعصية كالخمر، ولأنه آلة معصية كالملاهي. **لأبي يوسف**: أن الذهب يقطع فيه قبل الصنعة، والصنعة لها تأثير في إيجاب القطع فيما كان لا يجب فيه القطع، فأما أن تؤثر في إسقاط القطع فلا.

[سرقة الأدوية والأشربة]

[٣٦٩.] **مسألة** قال ابن رستم عن محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا أقطع في عفص ولا في إهليلج ولا أشنان ولا فحم. وقال بشر عن أبي يوسف: أقطع في العفص والإهليلج والأدوية اليابسة كلها.[2]

لأبي حنيفة: أن العفص يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام. ولأن هذه الأشياء مستحقَرة تافهة. **لأبي يوسف**: أنه متموَّل في الغالب. وقد قال أبو حنيفة: كل شراب مختلَف في تحريمه لا يُقطَع فيه؛ لأنه مختلَف في كونه مالًا. وروى ابن زياد [٩٠و] عن أبي يوسف: أنه يقطع في النبيذ. وروى ابن أبي مالك عنه: أنه لا يقطع.[3]

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٧ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٧ظ.

٣ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٨و.

[سرق إناء يبلغ قيمة القطع وفيه ما لا قطع فيه]

[٣٧٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا سرق إناء قيمته عشرة درهم[١] وفيه ما لا يتعلق به القطعُ كالخمر والماء والطعام لم يقطع. وقال أبو يوسف: يقطع.

لهما: أن أخذهما حصل بفعل واحد، وأحدهما مما لا قطع فيه فلم يجز إيجاب القطع في الباقي، كالمال المشترك. ولأن المقصود ما في الإناء؛ بدلالة أنه لو أراد الإناء وحده رمى ما فيه، والمقصود بالأخذ إذا لم يتعلق به القطع لم يتعلق بما سواه، كمن أخذ حرًّا عليه ثياب. **لأبي يوسف**: أنهما عينان يجب القطع في إحداهما دون الأخرى فصار كما لو نقصت قيمة أحدهما عن النصاب. ولأن السرقة لما حصلت في مقدار النصاب لم يعتبر ما سواه، كما لو سرقها في دفعتين.

[سرقة عبد صغير]

[٣٧١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا سرق عبدًا صغيرًا لا يُعبِّر عن نفسه قُطِع. وقال أبو يوسف: لا يقطع.

لهما: أن العبد مال لا قول له في نفسه، ولا يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام كالبهيمة. وليس كذلك الحر الصغير؛ لأنه ليس بمال. **لأبي يوسف**: أن الآدمي لو وجب فيه القطع استوى صغيره وكبيره، كسائر الحيوان.

---

١ هكذا رسمها في المخطوط، وهو وجه صحيح في رسمها عند القدماء بحذف الألف عند عدم الاشتباه، كما في **أدب الكاتب** لابن قتيبة، ٢٣٢. وقد أفادني هذا الوجه الأخ الشيخ: رجب موتمباى، شكر الله له.

[سرقة صبي حر عليه حلي]

[٣٧٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا سرق صبيًا حرًا عليه حلي: لم يقطع. وقال أبو يوسف: يقطع.[١]

لهما: أن المقصود الصبي دون ما عليه؛ بدلالة أنه لو قصد ما عليه لأخذه منه، والمقصود بالأخذ إذا لم يتعلق به قطع لم يتعلق بالباقي، كالمال المشترك. **لأبي يوسف**: أن الحلي على الانفراد يتعلق به القطع، وانضمامه إلى الصبي لا يسقطه، كما لو سرق عبدًا صغيرًا عليه حلي. وليس كذلك الكبير؛ لأن ما عليه في يده، فلم يصر سارقًا له في الحقيقة فلم يقطع.

[في الطرار]

[٣٧٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: في الطَّرَّار إذا طرَّ الدراهم، فإن كانت مصرورة في ظاهر كمه لم يقطع، وإن كانت مصرورة داخل كمه قطع. وقال أبو يوسف: يقطع في الوجهين. وقال ابن زياد: لا يقطع في الوجهين. وذكر الطحاوي: محمد مع أبي يوسف.[٢]

وكان أبو بكر الرازي [٩٠ظ] يُفسِّر قول أبي حنيفة: بأن الرباط متى كان لو حُلَّ حصلت الدراهم على ظاهر الكم قطع؛ وذلك لأن الكم هو الحرز، فمتى كان إذا حلت في داخله فهي محرزة، والأخذ من الحرز يتعلق به القطع، ومتى كانت على ظاهر الكم فذلك الموضع ليس بحرز؛ ألا ترى أن الأخذ لا يقف على إدخال اليد في الكم، والأخذ من غير حرز لا يتعلق به قطع.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٤٦/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣١٠/٦.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٤٥/٧؛ **مختصر الطحاوي**، ٢٧١، ٢٧٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٨٤/٦، ٢٨٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧١ظ.

وقد قال في **الجامع الصغير**: إنه إذا أدخل يده في الكم فطرَّها قطع.[١] وقال ابن أبي مالك كان أبو يوسف يُفسِّر لنا قول أبي حنيفة فيقول: إذا كانت مصرورة من خارج فطرَّها من خارج قطع، وإن كانت من داخل الكم فإنه لا يقطع إلا أن يُدخِل يده في الكم. وهذا خلاف الأول. **والوجه فيه**: أنها متى كانت مربوطة على ظاهر الكم فالكم ليس بحرز لها؛ ألا ترى أن أخذها لا يقف على إدخال اليد فيه، وإنما حرزها الرباط، فصار ككيس علَّقه على كمه، فأخذه قطع. وأما إذا كانت في داخل الكم فالكم حرزها، وهتك هذا الحرز بإدخال اليد، كما أن هتك الدار بالدخول، فإذا أدخل يده قطع، وإن لم يدخلها فلم يهتك الحرز المقصود فلا يقطع.

لأبي يوسف: أن أخذ الدراهم على هذا الوجه ليس بأدون من أخذها من بين يديه، فإذا قطع هناك فهاهنا أولى؛ ألا ترى أنه حافظ لها في الوجهين. ولأن هذا هتك مقصود كالآخر. وابن زياد يقول: هذا الموضع ليس بحرز، وإنما الإحراز بالبيوت والأماكن.

[سرقة منديل فيه صرة عشرة دراهم]

[٣٧٤.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن سرق منديلًا فيه صرة دراهم عشرة فصاعدًا: فعليه القطع، وإن كان المنديل لا يساوي عشرة. وإن سرق ثوبًا لا يساوي عشرة، وفيه عشرة: فإن كان يَعلَم بها قُطِع، وإن لم يَعلَم بها لم يُقطَع. وروي عنه أنه قال: لا أقطع حتى يكون الثوب يساوي عشرة، عَلِم أو لم يَعلَم. وقال أبو يوسف: يُقطَع عَلِم أو لم يَعلَم.

[لأبي حنيفة]: أما المنديل فهو ظرف [٩١و] للدراهم كالكيس، ولا يعتبر به في نفسه، وإنما المقصود ما فيه. وأما الثوب فليس بوعاء في العادة للدراهم، فإذا لم يَعلَم

---

١ **الجامع الصغير**، ٢٩٧.

ما فيه فهو المقصود، فوجب اعتبار كمال قيمته، وأما إذا عَلِم ما فيه فقد قصدهما، كمن سرق ثوبين يساوي أحدهما عشرة والآخر ما دونها. **لأبي يوسف**: أنه قد علم بالثوب وحصل ما فيه في يده فجَهْلُه بما فيه كجهله بقيمة الثوب فلا يمنع ذلك من وجوب القطع.

[قطع النباش]

[٣٧٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع على النباش. وقال أبو يوسف: يقطع.[١]

لهما ما روي عن الزهري أنه قال: «أجمع رأي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وأمير المدينة مروان في النباش: أن لا يقطع ويعزر، وكانوا متوافرين». وروي سقوط القطع عن ابن عباس وابن الزبير وعمر بن عبد العزيز والزهري ومسروق والحسن والنخعي وعطاء، فصار ذلك إجماعًا. ولأن الكفن ليس بمملوك؛ بدلالة أنه لا يجوز أن يكون مِلكًا للميت؛ لمنافاة الموت للأملاك، ولا يجوز أن يكون ملكًا للورثة؛ لأنه يستحق عليهم كمقدار الدين والوصية، وإذا لم يكن له مالك صار كمال بيت المال، ولأن القبر ليس بحرز بدلالة أن الثياب لا تحرز بالأرض، والأخذ من غير الحرز لا يقطع فيه، ولأنه لو أخذ من القبر غير الكفن لم يقطع فيه فلا يقطع في أخذ الكفن، كالأخذ من دار الحرب.

لأبي يوسف: أن الكفن إنما يُحرَز بالقبر، وأخذ المال من حرزه يتعلق به القطع.

[السرقة بنقب البيت]

[٣٧٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا نقب البيت وأدخل يده فأخذ المال لم يقطع. وقال أبو يوسف: يقطع.[٢]

١ انظر: **الأصل**، ٢٤٥/٧، ٢٤٦؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٠٤/٦.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٣٦/٧.

لهما: أن الهتك المقصود من البيوت دخولها، فإذا لم يوجد الهتك المقصود صار كما لو أخذ ما ليس بمقصود. وليس كذلك إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي؛ لأن هذا الحرز لا يمكن بالدخول هتكه، فصار هذا هو المقصود فيه. **لأبي يوسف**: أن هذا هتك لبعض الأحراز فكان هتكًا لجميعها، كالدخول.

[السارق يقطع في العين فيسرقها]

[٣٧٧.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا سرق عينًا فقطع فيها، ثم عاد فسرقها وهي على هيئتها لم يقطع. وقال زفر: يقطع. وروى ابن زياد عن أبي يوسف مثله.[١] [٩١ظ]

لنا: أن القطع يتعلق بالعين والفعل؛ بدلالة أن القطع متى سقط لشبهة وجب ضمان العين، فإذا كان إيقاع الفعل في عينين لا يتعلق به إلا قطع واحد كذلك إيقاع الفعلين في عين واحدة. ولأن العين في حقه كالتافه؛ بدلالة سقوط الضمان لو أتلفها، فصار كمن سرق ما لا قيمة له. وليس هذا كمن سرق غَزْلًا فقطع فيه، ثم نُسِج فسرقه؛ لأنه صار بالصنعة في حكم عين أخرى، فلذلك تعلق به القطع. ولأنه حد وجب لهتك حرمة عين فتكراره فيها لا يتعلق به أكثر من حد واحد، كالقذف. **ولا يلزم**: حد الزنا؛ لأنه لا يجب لهتك العين، بدلالة وجوبه في وطء المطاوعة.

لأبي يوسف: أن العين عادت إلى يد المالك وهي على ملكه فصار الأخذ الثاني كالأول.

[اختلاف الشهود في صفة المسروق]

[٣٧٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا شهد شاهد أنه سرق بقرة بيضاء، وشاهد أنه سرق بقرة سوداء: قطع. وقالا: لا يقطع.[٢]

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٨١/٦، ٢٨٢.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٤٧/٧؛ **الجامع الصغير**، ٣٩١.

لأبي حنيفة: أن الواجب تصحيح الشهادة ما أمكن، وحسن الظن بالشهود، وقد أمكن ذلك؛ لأن البقر تكون بُلْقًا، فشاهد أحدهما جانبًا أبيض، والآخر جانبًا أسود، ويغلِّب أحدهما البياض والآخر السواد، وإذا أمكن تصحيح الشهادة وجب حملها على الصحة. وليس كذلك إذا شهد أحدهما ببقرة والآخر بثور؛ لأن الصفتين لا تجتمعان في عين واحدة، فلم يمكن تصحيح الشهادة. وقد قال في **الأصل** من رواية أبي حفص: إذا شهد أحدهما أنه سرق ثوبًا مرويًا والآخر هرويًا قطع عند أبي حنيفة. وروي عنه: أن لا يقطع. وهو الصحيح؛ لأن العين الواحدة لا تجتمع فيها الصفتان. **ووجه الرواية الأخرى**: أن ما يعمل بهراة على هذه الصفة يسمى مروي، فأمكن تصحيح الشهادة فقطع.[١]

لهما: أن كل واحد شهد بغير ما شهد به الآخر، فصار كالثور والبقرة. ولأن أقل الأحوال أن يحتمل ذلك، والحدود تسقط بالشبهة والاحتمال.

[السارق يحدث في المسروق قبل إخراجه]

[**٣٧٩**.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: فيمن دخل الحرز [٩٢و] فشق الثوب بنصفين[٢] وأخرجه وهو يساوي عشرة قطع. وقال أبو يوسف: لا يقطع استحسانًا. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يقطع. وعن أبي يوسف أنه يقطع. قال الطحاوي: قياس قول محمد أن لا يقطع؛ لأن السارق لم يخرج العين حتى وجب عليه ضمانها.[٣] وذكر أبو الحسن عنهم: ضمان ما نقص الثوب بالشق مع القطع.[٤]

---

١ **الأصل**، ٢٤٧/٧.

٢ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: نصفين.

٣ **انظر**: **مختصر الطحاوي**، ٢٧٤؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣١١/٦، ٣١٢.

٤ انظر: **الأصل**، ٢٤٤/٧؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٥ظ/ ٣٦٦و.

لنا: أنه فرق بين الحرز والعين وهي نصاب كامل، فلم يعتبر ما أتلفه في الحرز، كما لو أخذ ثوبين فأتلف أحدهما وأخرج الآخر. ولأن الإخراج لما حصل في نصاب لم يعتبر الضمان؛ ألا ترى أن ذلك متعلق بنفس الأخذ ولا يمنع القطع. **ولا يقال**: إنه استقر بالقطع في مقدار المستهلك الضمان؛ ولهذا يعتبر أن يكون ما بقي من الثوب نصابًا؛ لأن المضمون بالشق لا يتعلق القطع به، وإنما يتعلق بما بقي، فصار كالثوبين إذا أتلف أحدهما وأخرج الآخر أن الضمان مستقر وإن وجب القطع. **ولا يلزم**: إذا قطع الثوب حتى بطل أكثر منافعه؛ لأن ابن سماعة روى عن أبي حنيفة: أنه لا يقطع؛ لأن النقصان حصل في جميع الثوب، فصار مستهلكًا به. ولهذا ليس للمالك إمساكه وتضمين النقصان. **ولا يقال**: فللمالك في مسألتنا تضمين جميع القيمة وتسليم الثوب، وذلك لأن هذا يثبت باختياره؛ لوجود العيب، لأن الثوب حصل في حكم المستهلك.

لأبي يوسف: أن حق التمليك قد ثبت للسارق في الثوب وهذا ينفي القطع، كما لو خرقه حتى أزال الاسم.

وأما إذا ذبح الشاة ثم أخرجها لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد كما ذكره ابن سماعة؛ لأنها صارت لحمًا حال إخراجها من الحرز، وذلك مما لا يتعلق به قطع عندهما. **وأما أبو يوسف فعلى الرواية التي قال لا يقطع في الثوب**: لا يقطع في الشاة لأنه ضامن لها. **وعلى الرواية التي قال يقطع في الثوب**: يقطع هاهنا؛ لأن إخراج اللحم عنده يتعلق به القطع.

[السارق يحدث في المسروق بعد إخراجه]

[٣٨٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا سرق ثوبًا فصبغه [٩٢ظ] أحمر فقطع فيه فلا سبيل لصاحب الثوب عليه، ولا ضمان. وقال محمد: يأخذ الثوب

ويعطيه ما زاد الصبغ فيه. وذكر أبو الحسن أبو يوسف ومحمد معًا.[١] وروى ذلك بشر وابن الجعد عن أبي يوسف.[٢]

لهما: أنه لا يخلو إما أن يضمن السارق قيمة الثوب، أو يلزمه الرد ويغرم المالك قيمة الصبغ، ولا يجوز تضمينه القيمة؛ لأن ذلك يملك السارق به العينَ. ولا يجوز أن يضمن المالك قيمة الصبغ؛ لأن السارق يصير شريكًا في الثوب بسبب متقدم على القطع، وهذا يمنع القطع، فلم يجز إثباته بعد استيفائه. وليس كذلك إذا صبغه بعد القطع؛ لأن ضمان قيمة الصبغ يؤدي إلى الشركة بعد القطع، وهذا لا يُسقِط القطع.

ولأن الصبغ معنى يتعلق به ضمان الثوب إذا طالب به المالك، فحلَّ محل القطع والخياطة. وهذا عندنا على ثلاثة أضرب: **[الأول]**: إما أن يحدث فيه نقصًا فيرده ويقطع؛ لأن الباقي من العين على ملك المالك، والقطع لا ينافي الرد. **والثاني**: ما كان زيادة تقطع حق المالك في الغصب، فيسقط الضمان في قولهم، كالقطع والخياطة. **والثالث**: زيادة لا تقطع حق المالك عن الغصب، فهو على الخلاف الذي قدمنا.

لمحمد: أن المالك كان مُخيَّرًا بين القطع وتضمين السارق، وتعذر الضمان باختياره القطع، فبقي الأمر الآخر. ولأن كل فعل منع من الرجوع وأسقط حق المالك لا يختلف بالسارق والغاصب كسائر الأفعال، ولا معتبر بالشركة لأنها ثبتت بعد وجوب القطع.

[الضمان في المسروق المستهلك بعد القطع]

[٣٨١.] **مسألة** روى بشر عن أبي يوسف وابن رستم عن محمد في السارق إذا قطع ثم استهلك العين: لم يضمن، وهو الصحيح من قول أبي حنيفة. وذكر الحسن

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٦ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٥٤/٧؛ **الجامع الصغير**، ٢٩٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٦و، ٣٦٦ظ.

في سياق روايته عن أبي حنيفة قال: إن هلكت لا يضمن، وإن استهلكها ضمن.[١]

وجه قولهما: أن الضمان يتعلق بالأخذ السابق، ولهذا تعتبر قيمته يوم الأخذ، ووجوب القطع ينفي الضمان بسبب متقدم عليه. **وجه ما ذكره الحسن**: أن العين باقية على ملك مالكها، [٩٣و] وبقاء الملك يوجب الضمان بالاستهلاك. ولأن أكثر الأحوال أن تكون العين غير مضمونة، وهذا لا ينفي ضمان الاستهلاك كالوديعة.

[ما يقطع حق المالك عن المسروق]

[٣٨٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا سرق فضة فضربها دراهمَ أو آنيةً فلصاحبها أن يأخذها بعد القطع. وقالا: لا سبيل له عليها. **وهذا على أصل أبي حنيفة**: أن الصنعة لا تقطع حقَّ المالك عنها. **وعندهما**: الصناعة فيها كالصناعة في الحديد.

[اجتماع الرد والقطع]

[٣٨٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا ردَّ السارقُ العينَ ثم رُفِع إلى الإمام لم يُقطَع. وروى الحسن عن أبي يوسف: أنه يقطع.[٢]

لنا: أن وجوب القطع موقوف على مطالبة المسروق منه بالمال، وهذا المعنى قد سقط بالرد فلم يجز إيجاب من غير مطالبة. وقد روي في فضة الرجل الذي اعترف عند النبي صلى الله عليه بسرقة عين أنه لم يقطعه حتى سأل القوم عن ذلك. **لأبي يوسف**: أن الرد والقطع لا يتنافيان، بدلالة حال البقاء.

وعلى هذا الخلاف إذا وهب العين المسروقة من السارق أو باعها منه سقط القطع قبل القضاء بالقطع وبعده. وقال أبو يوسف: لا يسقط القطع في الوجهين إذا كان بعد الترافع.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٦ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٥٨/٧؛ **نوادر المعلى**، ١١٥و.

لهما: أن الهبة مع القبض سبب للملك، فلو استوفي القطع مع ذلك لقطعناه في عين هي على ملكه، وهذا لا يصح. **ولا يلزم على هذا**: إذا زنى بامرأة ثم تزوجها؛ لأن الحد يسقط في إحدى الروايتين. وفي الرواية الأخرى: الحد لا يجب لأجل العين وإنما يجب للمنفعة، والمنفعة التي يتعلق بها الحد لا يملكها. ولأن ما طرأ على الحد قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء، أصله: ردة الشهود. **لأبي يوسف**: ما روي في قصة سارق رداء صفوان لمَّا قال: «وهبتُه له» فقال رسول الله صلى الله عليه: «هلا قبل أن تأتيني به».[1]

[السارق يوهب المسروق أو يملكه]

[٣٨٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وهبت العين المسروقة للسارق أو اشتراها لم يقطع. وقال أبو يوسف: يقطع إذا كان بعد الترافع. وروى عنه إبراهيم بن الجراح[2] في **البرمكي**[3] فقال: ولو قعدا بين يدي القاضي ولم يتكلما حتى وهب له فلا قطع عليه.[4]

لهما: أنه لو قطع بعد الشراء لقطع فيما هو على ملكه [٩٣ظ] وهذا لا يجوز، كما لو وهب له قبل الترافع. ولأن ما طرأ على الحدود كالموجود في الابتداء، بدليل ردة الشهود. **لأبي يوسف**: ما روي في قصة سارق رداء صفوان أنه قال: "وهبتُه له" فقال عليه السلام: «هلا قبل أن تأتيني به»، وهذا يدل على أن الهبة تُسقِط القطعَ قبل

---

١ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٣٨٧/١٤ (٢٨٧٦٨)؛ **مسند أحمد**، ١٥/٢٤ (١٥٣٠٣).

٢ إبراهيم بن الجراح بن صبيح التميمي المازني الكوفي، (ت. ٢١٧هـ) تفقه بأبي يوسف، وولي قضاء مصر. انظر: **الجواهر المضية**، ٣٦/١.

٣ والمذكور في **التجريد** و**الأجناس**: **كتاب البرامكة**.

٤ انظر: **نوادر المعلى**، ١١٤ظ، ١١٥و؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٦و.

الترافع، ولا تسقط بعد الترافع. **والجواب**: أن هذا الخبر قد اختلف لفظه، فروي أنه قال: "وهبت له القطع". وروي أنه قال: "أهبه له"، ولم ينقل أنه أقبضه، والهبة قبل القبض لا تُسقِط القطع، ولو كان وهب وأقبض لم يأخذه.

وقد روى ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن سرق من امرأة ثم تزوجها قبل الترافع أو بعده: لم يقطع؛ لأن هذا المعنى لو وُجِد ابتداء مَنَع القطع، فصار كهبة العين. وقال أبو يوسف: إن كان بعد القضاء قطعتُه. وأجرى ذلك مجرى هبة العين على أصله.

[القطع والضمان في السرقات المختلفة]

[٣٨٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا سرق سرقات مختلفة فرُفِع في واحدة منها وقُطِع فالقطع يكون للجميع ولا يضمن. وقالا: يكون لتلك السرقة ويضمن ما سواها. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يضمن ما سواها. وقال أبو يوسف: لا أضمنه، بالعكس من المشهور. [١]

لأبي حنيفة: أن العين معتبرة في وجوب القطع؛ بدلالة أن القطع يختلف باختلاف صفاتها، فصار كحد القذف الذي يجب لحرمة العين، فكما أن القاذف للجماعة إذا حُدَّ لواحد كان لجماعتهم كذلك القطع. ولأن القطع يجب لحق الله تعالى، والواحد من الناس خصم عن جماعتهم، كحد الزنا. وليس كذلك القصاص في اليد إذا كان لاثنين فاستوفى أحدهما؛ لأنه حق لآدمي فانفرد به مَنْ طالب دون من لم يطلب. **يبين الفرق بينهما**: أنهما لو طالبا بالقصاص فاقتص لهما لم تكن اليد مأخوذة لكل واحد منهم؛ بدلالة بقاء الضمان، فكذلك إذا غاب أحدهم لم تكن مستوفاة في حقه. وليس

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٥ظ.

كذلك القطع في مسألتنا؛ لأنهم لو حضروا كان القطع لكل واحد منهم بدلالة سقوط الضمان في حق جميعهم.

لهما: أن القطع حق يستوفى بمطالبة الآدمي، فمن لم يطالب لا يكون القطع مستوفى في حقه، **أصله**: القصاص. ولأن مطالبة المسروق [٩٤و] منه بالقطع براءة من المال، والحاضر لا يملك البراءة في حق الباقين.

[سرقة المؤجر من الدار المستأجرة]

[٣٨٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا سرق المؤجر من الدار المستأجرة قطع. وقالا: لا يقطع.[١]

لأبي حنيفة: أن الحرز للمستأجر؛ بدلالة أن المؤاجر ممنوع من دخوله، فصار كدار أخرى. ولأن الحرز لما كان حرزًا له لم يعتبر تعلق حق المؤجر به، أصله: إذا جلس في مسجد أو صحراء فسرق منه سارق قطع، وإن كان حق السارق متعلقًا بالبقعة. **لهما**: أن الحرز معتبر في وجوب القطع كالعين، وإذا كان ثبوت ملكه في العين يمنع من وجوب القطع، كذلك في الحرز.

[إقرار المحجور بسرقة مال معين]

[٣٨٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقرَّ المحجور بسرقة عشرة درهم بعينها قطع وردَّت على المقر له. وقال أبو يوسف: يقطع، وهي للمولى. وعن أبي حنيفة مثله. وقال محمد وزفر: لا يقطع والمال للمولى، وهو قول أبي حنيفة الأول.[٢]

لأبي حنيفة: أن كل من جاز إقراره بسرقة مال مطلق جاز إقراره بسرقة مال معين،

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٥و.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٢٨/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧١و.

ووجب رده، كالحر والمأذون. ولأنا لو لم نقبل إقراره في المال المعين لم نقبل في المطلق، كالصبي والمجنون. ولأنه لا يخلو إما أن نقطع في عشرة بغير عينها أو عشرة بعينها، ولا يجوز قطعه في غير معين؛ لأن ذلك إثبات القطع في غير ما أقر به، فلم يبق إلا أن نقطعه في مال معين. ثم لا يخلو إما أن نقطعه في هذه العشرة ونحكم بها للمولى، أو نقطعه ونحكم بها للمسروق منه، ولا يجوز أن نحكم بها للمولى؛ لأن العبد لا يقطع في مال لمولاه، كما لو سرقه ابتداء، فلم يبق إلا أن نحكم بها للمسروق منه.

لأبي يوسف: أن إقرار المحجور بالحد جائز، وإقراره بالمال لا يجوز، فجاز ما يجوز على الانفراد، وبطل ما يبطل على الانفراد، كشهادة رجل وامرأتين في السرقة: أن المال يثبت بها دون القطع. **لمحمد**: أن القطع لا يثبت إلا في مال محكوم به للمسروق، وإقرار المحجور فيما في يده لا يقبل، وإذا لم يثبت إقراره سقط القطع؛ لامتناع وجوبه في مال المولى.

فاعتبر أبو حنيفة: جواز إقراره بالحد وجعل المال تَبَعًا، واعتبر محمد: بطلان إقراره بالمال وجعل [٩٤ظ] الحد تبعًا له. وما قاله أبو حنيفة أولى: لأن العبد متى أقر بحد نفذ إقراره. وإن تلفت بذلك رقبته التي هي ملك المولى فتبع، على أن المال تبع للحد.

[السرقة من زوج بنته ونحوه]

[٣٨٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا سرق من زوج بنته، أو امرأة ابنه، أو أم امرأته وبنتها لم يقطع. وقالا: يقطع إذا سرق من منزل لا يضاف إليه.[١]

لأبي حنيفة: أنه لو سرق من المضاف إليه لم يقطع فكذلك من المضاف، أصله

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٨و.

عبد هؤلاء. ولأن الإنسان في العادة له تبسط في بيت زوجة ابنه، وأم امرأته وهذا النوع من التبسط يوجب سقوط الحد. **لهما**: أنه ليس بينه وبين هؤلاء إلا مجرد التحريم، وهذا المعنى لا يوجب سقوط القطع، كما بعد الفرقة. وليس كذلك عبد هؤلاء؛ لأنه ملك لهم، وفي قطعه إدخال ضرر عليهم، وهذا لا يوجد في قطع من ليس بملك لهم.

[سرقة أمه من الرضاعة]

[٣٨٩.] **مسألة** المشهور عن أصحابنا أن من سرق من أمه من الرضاعة: قطع. وقال أبو يوسف: لا أقطعه استحسانًا.[١]

لنا: أن الرضاع لو منع القطع في الأم منع القطع في الأخت كالنسب. ولأنه ليس بينه وبينها أكثر من التحريم، وهذا المعنى لا يؤثر في القطع، كأم امرأته بعد فرقتها. **لأبي يوسف**: أن الأم من الرضاع يباسطها المرضع، ويدخل بيتها في العادة، فصار كالأم من النسب. وليس كذلك الأخ من الرضاع؛ لأنه لا يوجد بينهما تبسط.

[إقرار السارق وتكذيب شريكه له]

[٣٩٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: "سرقت أنا وفلان ثوبًا" فكذَّبه فلان قطع. وقال أبو يوسف: لا يقطع.

لهما: أن إقراره بالسرقة للثوب إذا كذَّبه الآخر صار سارقًا لنصفه، وهذا المعنى يتعلق به وجوب القطع. ولأن تكذيب الآخر له لا يخرج المقر من أن يكون سارقًا؛ لجواز أن ينفرد بالفعل، فلم يسقط القطع عنه. **ولا يلزم على هذا**: إذا قال الشريك: "ملكي"؛ لأنه متى ادعى الملك خرج هذا من أن يكون سارقًا؛ لأن الآخر واحد. **ولا**

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٨و.

يلزم عليه: إذا أقر بالزنا بامرأة فجحدت؛ لأن جحودها يمنع من كونه زانيًا؛ لاستحالة أن ينفرد بالوطء دونها. ولا يلزم على هذا إذا أقر بسرقة ثوب من رجلين أحدهما [٩٥و] غائب، فصدَّقه الحاضر؛ وذلك لأن الغائب يجوز أن يكذِّبه، فيبقى الثوب على حكم ملكه، فلم يجب القطع مع الحكم ببعض الثوب له.

لأبي يوسف: أنهما اشتركا في الفعل، وأحدهما لا حد عليه، فصار كما لو كان أحدهما شريكًا. **وليس كذلك** إذا زنى العاقل بمجنونة؛ لأن فعله متبوع، فسقوط الحد عن التَّبَع لا يؤثر فيه، وفعل السارقين كل واحد منهما ليس بتابع للآخر، فجاز أن يؤثر فيه.

[تضمين الجلاد العمد والخطأ]

[٣٩١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال الإمام للجلاد: "اقطع اليمين" فتعمد وقطع اليسار لم يضمن. وقالا: يضمن. وإن أخطأ فقطع اليسار لم يضمن في قولهم.

لأبي حنيفة: أنه مأمور بإسقاط الحد، وقد حصل بقطع اليسار؛ بدلالة سقوط القطع، فأشبه أن يقطع يمينه. **ولا يلزم عليه**: الأجنبي إذا قطع يساره أن القطع يسقط وإن ضمن؛ لأنه غير مأمور باستيفاء الحد. ولأنه لما أمر باستيفاء الحد وقد فعل ذلك وإنما خالف في الصفة، فصار كما لو قطع بغير سكين. ولأنه أسقط الحد وعوضه اليمين، وهو مالك للاستيفاء، فلم يجز إلزامه الضمان مع ما يحصل للسارق من المنفعة.

وجه قولهما: أنه مأمور بقطع إحدى اليدين، فإذا قطع غيرها عامدًا وجب الضمان وإن سقط القطع، كالأجنبي.

[سرقة الجماعة معهم صبي أو مجنون]

[٣٩٢.] **مسألة** المشهور عن أصحابنا أن الجماعة إذا سرقوا وفيهم صبي أو مجنون لم يقطع واحد منهم. وعن أبي يوسف: أن الصبي إذا تولى الإخراج لم يُقطَع واحد منهم، وإن تولى الإخراج البالغون قُطِعوا.[١]

لنا: أن من لم يتول الإخراج من السراق كالمباشر للإخراج؛ بدلالة وجوب القطع عليه، فصار كأنَّ الصبي باشر ذلك، وقد سقط عنه الحد فسقط عن الباقين، كالمخطئ والعامد. **لأبي يوسف**: أن المباشر هو المقصود وغيره تَبَع، فسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوط عن المتبوع.

[طرح المسروق خارج الحرز فأخذه]

[٣٩٣.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا طرح السارق المتاع إلى خارج الحرز ثم خرج بنفسه وأخذه قطع. وقال زفر: لا يقطع.[٢]

لنا: أن طرحه لا يمنع من بقاء يده عليه ما لم تحدث يد أخرى، كمن ألقى [٩٥ظ] متاعه بين يديه، فسرقه سارق قطع. وإذا كان في يده حال خروجه من الحرز قطع وإن لم يكن مباشرًا لحمله، كما لو وضعه على دابته. **لزفر**: أنه لما ألقى من الحرز لم يجب عليه قطع، فلم يجز إيجاب القطع عليه بعد ذلك؛ ألا ترى أن المقصود هو الإخراج الأول، فإذا حصل على وجه لا يوجب القطع لم يوجبه في الثاني.

فأما إذا ناول المتاع آخر خارج الحرز لم يقطع واحد منهما. وعن أبي يوسف إن أخرج يده إلى خارج فأعطاه: قطع، وإن أدخل الخارج يده لم يقطع واحد منهما. وذكر أبو الحسن عن أبي يوسف: أن الخارج إذا أدخل يده فناوله الآخر قُطِعا جميعًا.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٠و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٤و.

لنا: أنه لمّا ناول المتاع حدثت عليه يد الثاني، وأزال عنه يد السارق، فصار خارجًا من الحرز ولا يد له على المال فلم يقطع، كما لو تلف في الحرز. ولا يجوز اعتبار إخراج يده؛ لأن هذا المعنى عندنا لا يتعلق به قطع؛ لأنه ليس بالهتك المقصود لهذا الحرز. **لأبي يوسف**: أنه متى أخرج يده من الحرز فقد حصل الإخراج من الحرز بفعله فقطع، كما لو رماه. وأما إذا أدخل الخارج يده فلم يخرج المال بفعله فلم يقطع. **وجه الرواية الأخرى**: أن الخارج إذا أدخل يده فقد هتك الحرز -على أصله- فقطع، كما لو أدخل يده صندوق الصيرفي. وأما الداخل فلما ناول الثاني قامت يده مقام يده، فكأنه حمله على دابة.

[القطع في السمك الطري والمملوح]

[٣٩٤.] **مسألة** المشهور عنهم: أن القطع لا يجب في السمك الطري والمملوح. وقال أبو يوسف: يقطع فيه.[١]

لنا: أنه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام؛ بدلالة أن القادر على أخذه قد يتركه مع القدرة عليه، فصار كالماء. **لأبي يوسف**: أنه مال يجوز بيعه وأخذ العوض عنه كسائر الأموال.

وأما الفاكهة فالصحيح أن يقطع في يابسها ولا يقطع في رطبها؛ لأن الرطب مما يسرع إليه الفساد، فصار كسائر الأموال. وقد روى ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: [٩٦و] أنه لا يقطع في اليابس أيضًا، فكأنه قال: الفاكهة لا تبقى كبقاء غيرها، وقد تفسد في بعض الحول، فصار كالرطب.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٦٥ظ.

[الإقرار بالسرقة من غائب]

[٣٩٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال أقر بالسرقة من غائب لم يقطع. وقال أبو يوسف وزفر: يقطع.[١]

لهما: ما روي أن عمرو بن سمرة جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "إني سرقت بعيرًا لآل فلان" فلم يقطعه حتى سألهم، فقالوا: "إنا فقدنا بعيرًا ليلة كذا" فقطعه. ولأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه مالكه، فإذا أقر به لغيره جاز أن يكذبه، فيبقى على حكم ملك المقر، فلم يجز القطع فيه مع تجويز هذ المعنى. **لأبي يوسف**: أنه أقرَّ بما يُوجِب القطعَ، فجوازُ أن يحضر الغائبُ فيأتي بما يُسقِط لا معتبر به، **أصله**: من أقرَّ بالزنا بامرأة غائبة.

[سرقة الأشل اليدين]

[٣٩٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا سرق الأشل اليدين لم يقطع. وقال زفر: يقطع.[٢]

لأبي يوسف: أنه لو كان أشل اليسرى لم تقطع اليمنى؛ لما في ذلك من إبطال منفعة الجنس، وهذا المعنى موجود إذا كان الشل فيهما. **لزفر**: أنهما يتساويان في الصفة، كالصحيحين.

* * *

١ انظر: **نوادر المعلى**، ١١٤ظ؛ **الأصل**، ٢٧٤/٧.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٥٦/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٢٢/٦.

كتاب قطاع الطريق

[خيار الإمام في الحد]

[٣٩٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر في قاطع الطريق: إذا قتل وأخذ المال فللإمام أربع خيارات: [أ.] إن شاء قطع وقتل، [ب.] وإن شاء قطع وصلب، [جـ.] وإن شاء صلب، [د.] وإن شاء قتل. وقال محمد: لا يقطع. وقال أبو يوسف في **الإملاء**: لا أعفيه من الصلب.[١]

وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف في جواز القطع: أن القتل والقطع في قاطع الطريق حد واحد؛ بدلالة أنهما يجبان لمعنى واحد، وهو ما يحصل من إخافة السبيل وفساد الأرض. ولأنه يقتل ليتمكن من أخذ المال، وإذا كان حد واحد لم يقم بعضه مقام بعض، كالجلدات. **ولا يقال**: فكان يجب أن لا يترك القطع؛ لأن ترك ذلك لا يجوز، إلا أن الترتيب غير مأخوذ على الإمام، فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع من طريق الحكم. ولأنه عليه السلام جمع في العرنيين بين القطع والسمل والقتل على وجه التنكيل؛ لأنه[٢] ألقاهم في الحرة حتى ماتوا،[٣] فدل على أن جميع ذلك مستحق.

لمحمد: [٩٦ظ] أن ما دون النفس والنفس إذا وجبا لحق الله سقط اعتبار ما دون النفس معها، **أصله**: السارق إذا زنا وهو محصن. وأما جواز ترك الصلب فقد روي أنه

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٣٥/٦، ٣٣٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧١ظ، ٣٧٢و.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ انظر: **صحيح مسلم**، ١٢٩٦/٣ (١٦٧١).

عليه السلام لم يصلب العرنيين مع تنكيله بهم. ولأن المقصود هو القتل وقد حصل.

لأبي يوسف: أن الله تعالى نصَّ على الصلب، فدل على أنه مقصود، فلم يجز تركه، كما لم يجز ترك بقية ما نص عليه في الآية.

[الصلب قبل القتل أو بعده؟]

[٣٩٨.] **مسألة** قال الطحاوي: «الصلب بعد القتل عند أبي حنيفة».[١] وذكر أبو الحسن عن أبي يوسف: أنه يُصلَب حيًّا، ويُبْعَج بطنه برمح حتى يموت.[٢]

وجه ما ذكره الطحاوي: نهيه عليه السلام عن المثلة،[٣] ونهيه أن يتخذ شيئًا من الحيوان غرضًا.[٤] ولأن صلبه حيًّا زيادة في المثلة على ما ورد به الشرع فلم يجز، كتركه مصلوبًا حتى يموت. **وجه ما ذكره أبو الحسن:** أنه تعالى نص على الصلب في جملة الحد، وما كان حدًّا فالواجب فعله مع الحياة. ولأنه عليه السلام قطع العرنيين وسملهم وألقاهم في الحرة حتى ماتوا، وهذا في معنى الصلب وقد فعله مع الحياة.

[هل يجري الحد على الآخذ في المصر؟]

[٣٩٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا يُجرَى حد قطاع الطريق على من أخذ المال في المصر ليلًا ولا نهارًا. وقال أبو يوسف: الأمصار وغيرها سواء إذا حصلت لهم غلبة.[٥]

لهما: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ

---

١ **مختصر الطحاوي**، ٢٧٦.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٤٣/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٢و.

٣ انظر: **مسند أبي حنيفة**، ٣٩٨ (٣٢٠)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٣٠٦/١٤ (٢٨٥٠٩).

٤ انظر: **صحيح مسلم**، ١٥٤٩/٣ (١٩٥٧).

٥ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٢و.

فَسَادًا﴾ [المائدة، ٣٣/٥]، وهذا المعنى لا يوجد في المصر غالبًا؛ لأن المحاربة تكون بالتحصن والغلبة، وذلك لا يمكن في الأمصار. ولأن الغوث يلحق في المصر غالبًا، فصار كالانتهاب. **لأبي يوسف**: أن هذا حكم يتعلق بأخذ مال على طريق المغالبة والمقاتلة، وهذا المعنى يوجد في المصر وغيره، فيستوي الحكم فيهما؛ ألا ترى أن حد السارق لما تعلق بأخذ مال على وجه الاستسرار، وهذا المعنى يوجد في المصر وغيره.

[قدر عليهم قبل التوبة، ونصيب الواحد أقل من النصاب]

[٤٠٠.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا أخذوا قطاع الطريق قبل التوبة [٩٧و] وما يصيب كل واحد منهم من المال أقل من عشرة: فلا قطع، والقصاص إلى الأولياء. وقال عيسى بن أبان: القتل إلى الإمام، ولا يجوز عفو الأولياء.[1]

لنا: أن المال هو المقصود في قطع الطريق، والقتل تبع؛ بدلالة أنهم يقتلون ليتمكنوا من المال، وإذا كان المال لا يتعلق به حدٌّ سقط الحدُّ فيما هو تبع، وصار كالقتل المبتدأ، فيكون القصاص إلى الأولياء. **وجه ما قاله عيسى بن أبان**: أن القتل يتعلق بالقتل، والقطع بالمال، وكل واحد منهما يجب على طريق الحد، فسقوط أحدهما لا يوجب سقوط الآخر، كما لو أخذ المال ولم يقتل.

[قتلوا بآلة لا يُقتَل بمثلها ثم تابوا]

[٤٠١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قتل قطاع الطريق بآلة لا يُقتَل بمثلها، ثم تابوا قبل القدرة: فالدية على عواقلهم. وقال زفر: للأولياء القتلُ.[2]

لأبي يوسف: أن الحد سقط بالتوبة فبقي حق الآدمي في القتل، وذلك يعتبر

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٣و.

٢ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٣و.

فيه الآلة، فلم يجب القصاص. **لزفر**: أن هذا القتل لما وقع على وجه المحاربة تعلق به القتل، والتوبة تسقط معنى الحد منه الذي يتولاه الإمام، فيبقى حق الأولياء في القتل بحاله.

[الجمع بين القتل والقطع]

[٤٠٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قتل وأخذ المال قتل ولم يقطع. وقال زفر: إن قتل ثم أخذ المال لم يقطع، وإن أخذ المال ثم قتل جمع بين الأمرين.[١]

أما أبو يوسف: فمن أصله أن ما دون النفس والنفس إذا اجتمعا لحق الله تعالى دخل الأقل في الأكثر. **وأما زفر فقال**: إذا أخذ المال أوَّلًا تعلق به القطع، فإذا قتل تعلق به القتل، فاجتمع الحدان. وأما إذا قتل أوَّلًا فقد أخذ المال على وجه المغالبة، فصار كمن أخذ مالًا من مفازة ليس معه أحد.

[مشاركة صبي أو مجنون قطاع الطريق]

[٤٠٣.] **مسألة** قال زفر: إذا كان في قطاع الطريق صبي أو مجنون لم يُجْرَ على الباقين الحد، سواء باشر الصبي أو غيره. وروي عن أبي حنيفة ومحمد مثله. وقال أبو يوسف: إن باشر الصبي والمجنون الأخذ فلا حد على الباقين، وإن باشر ذلك البالغ العاقل أُجرِي عليه الحد.[٢]

وجه قولهم: أن المعاونة في المحاربة بمنزلة المباشرة؛ بدلالة أن الحد يجرى على المُعِيْن، فصار حضور الصبي كمباشرته، فيسقط [٩٧ظ] الحد. **لأبي يوسف**: أن الحد يتعلق بأخذ المال والقتل، وقد حصل ذلك بفعل البالغ، فحضور الصبي كلا

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٩٥/٧.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٥١/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٢ظ، ٣٧٣و.

حضور. وأما إذا باشر الصبي وهو ممن لا يتعلق بفعله حدٌّ صار شبهةً في سقوط الحد عن الباقين.

[حد النساء في قطع الطريق]

[٤٠٤.] **مسألة** المشهور عنهم: أن المرأة لا يُجرَى عليها حدُّ قاطعِ الطريق. قال الطحاوي: النساء كالرجال.[١]

وجه قولهم المشهور: أن الحد يتعلق بالمحاربة، وفعل المرأة فيما يتعلق بالمحاربة لا حكم له، أصله: إذا حضرت الوقعة لم يُسهَم لها وإن قاتلت. **وجه ما قاله الطحاوي**: أن الحدود لا يختلف فيها الرجال والنساء، كسائر الحدود.

وأما إذا شاركت المرأةُ الرجلَ فلا حد على واحد منهم عندنا، كالصبي إذا شارك. وقال أبو يوسف: إن باشرت الأخذ لم يجب على واحد منهم الحد، وإن باشر الرجل حُدَّ دونها كما قال في المشاركة في السرقة.[٢]

[قطاع الطريق فيهم أخ لبعض المقطوع عليهم]

[٤٠٥.] **مسألة** قال في **الأصل** في قطاع الطريق: إذا كان فيهم أخ لبعض المقطوعِ عليهم دُرِئَ عنهم الحد في المال، ويُقتَلون جميعًا إن قَتَلوا. وكان أبو بكر

---

١ انظر: **مختصر الطحاوي**، ٢٧٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٥٠/٦؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٢ظ، ٣٧٣و.

٢ قال في **شرح مختصر الكرخي**: «وأما أبو يوسف ففرق بين المرأة والصبي فقال: إن الصبي إذا باشر لم يحد من لم يباشر، وإذا باشرت المرأة حد الرجال؛ لأن المرآة من أهل التكليف، ويتعلق الحدود بفعلها، وإنما سقط عنها لمعنى في نقصان محاربتها، فلا يوجب ذلك سقوط الحد عن غيرها. وأما الصبي فلا يتعلق بفعله حد لعدم التكليف، فيسقط عمن هو تابع». **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٣و.

الرازي يقول: المسألة موضوعة على أنهم شركاء في المال، فإذا لم يجب الحد على بعضهم لم يجب على الباقين. وليس كذلك القتل؛ لأنه لا شبهة بين الأخ وأخيه في القتل، فإذا وجب عليه فالأجنبي أولى. وأما إذا كان ما أخذ واحد منهم ينفرد عن الآخر وجب الحد عليهم؛ لأن أحد المالين إذا سقط فيه الحد لم يسقط في الآخر.[١]

[الإقرار بقطع الطريق]

[٤٠٦.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أقر بقطع الطريق مرة واحدة يجب عليه الحد. وقال أبو يوسف: لا يجب عليه الحد حتى يقر مرتين. وقد بينا هذا في السرقة.[٢]

ولو أُخذ قاطع الطريق مع غيبة صاحب المال لم يُقَمْ عليه الحد حتى يحضر فيدعي. وروى أبو يوسف أنه يُجرَى عليه الحد، وقد بيناها في السرقة.[٣]

* * *

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٤٩/٦، ٣٥٢.

٢ انظر: المسألة رقم: ٣٦٣.

٣ انظر: المسألة رقم: ٣٩٥.

كتاب الهبة

[الرجوع في الهبة بعد زيادة القيمة]

[٤٠٧.] قال أبو حنيفة وزفر: إذا علَّم الموهوبُ له الجاريةَ القرآنَ أو الكتابةَ لم يسقط الرجوع. وقال محمد: يسقط. وروى الحسن عن أبي حنيفة مثله.[١]

لهما: أن العين باقية بحالها [٩٨و] لم تزد، وإنما هناك زيادة قيمة، فصار كزيادة السعر، وكما لو نقل العين التي لها حمل ومؤونة من مكان إلى مكان. **لمحمد**: أن الصناعة قد جُعلت كزيادة جزء؛ بدلالة أن البائع إذا شرطها فلم توجد ثبت الخيار. **والجواب** أن ابن شجاع روى عن أبي حنيفة: أن من باع عبدًا على أنه خبَّاز فوجده بخلاف ذلك، ولم يردُّه حتى مات: لم يرجع بشيء. وقال أبو يوسف: يرجع بجزء من الثمن.

[الرجوع في هبة ذوي الأرحام]

[٤٠٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وهب لعبد أخيه جاز الرجوع. وقالا: لا يرجع. ولو وهب لأخيه وهو عبد رجع في قولهم. ولو وهب لامرأته وهي أمة رجع في قولهم. ولو وهب لأمة امرأته فعلى الخلاف.[٢]

لأبي حنيفة: أنه أوجب العقد للعبد وهو أجنبي، والرجوع من حقوق العقد فاعتبر فيه العاقد، كسائر الحقوق. **ولا يقال**: بأن الملك يحصل للمولى؛ لأن إيجاب العقد

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦ظ.

٢ انظر: **المخارج**، ١٢٥.

حصل للعبد، ومن جهته يملك المولى؛ بدلالة أنه لو رده لم يملك المولى، ولو كان عليه دين لبيعت الهبة فيه، فدلَّ على أن الإيجاب حصل للعبد وهو أجنبي. **ولا يلزم**: إذا وهب لأخيه وهو عبد لأجنبي أن الرجوع يثبت وإن كان العقد للأخ؛ وذلك لأن الإيجاب وإن حصل له فالمنفعة بالملك لم تسلم له، فصار صلة الرحم ناقصة؛ بدلالة أنه لو قصد أخاه أوجب له الهبة، ولم يوجبها لعبده. **ولا يقال**: إن قبول العبد كقبول الوكيل؛ لأن العبد يقبل لنفسه لا لمولاه؛ ألا ترى أنه لو نهاه عن قبولها فقد صح قبوله، ولو نهى الوكيل لم يصح قبوله.

لهما: أن الملك لم يحصل للعبد وإنما لمولاه، فصار كأنه وهب لأخيه؛ ولهذا رجع إذا وهب لأخيه وهو عبد؛ لأن الملك يحصل للمولى وهو أجنبي، فكأنه أوجب له.

[هبة المشاع]

[٤٠٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا وهب الواحد من الاثنين ما ينقسم لم يجز. وقالا: يجوز.[١]

لأبي حنيفة وزفر: أن الملك في الهبة يقع بالقبض، والإشاعة مؤثرة فيه، والمعنى المؤثر في العقد إذا قارن ما يقع به الملك منع منه، كالبيع يقارنه شرط فاسد. ولهذا قال: إن هبة الاثنين من الواحد جائزة؛ لأن قبضه يقع في غير مشاع، فيوجد سبب الملك ولم يقارنه فساد. ولأن [٩٨ظ] الإشاعة موجودة في قبض الموهوب له فيما يحتمل القسمة، فأشبه إذا وهب له نصف دار. **ولا يلزم**: إذا تصدق على اثنين؛ لأن المقصود بالصدقة هو الله تعالى وهو واحد، وقبض الفقير يقع له، فصار كمن وهب لرجل فوكَّل

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤/٤١-٤٣.

الموهوب له رجلين بالقبض. **ولا يلزم**: إذا وهب لأمه؛ لأن المقصود بذلك صلة الرحم، وذلك لحق الله تعالى، فصار كالصدقة، وهذا استحسان في المسألتين.

لهما: أن الإشاعة متى حصلت في أحد طرفي العقد لم تمنع العقد، كهبة الاثنين من واحد. وعلى هذا إذا تصدق بعشرة على غنيَّين؛ لأن المقصود بذلك ليس هو القربة، فصار كالهبة.

وقد قال أبو يوسف: إذا قال: "وهبت لكما هذه الدار، لك ثلثاها ولهذا ثلثها" لم يجز. وقال محمد: يجوز.

لأبي يوسف: أنه لما خالف بين حقهما دل على أنه أفرد نصيب أحدهما عن الآخر بالعقد، وعدل من[1] مقتضى الصفقة، فكأنه أوجب لكل واحد منهما على حدة. **لمحمد**: أنه لما جاز تمليكهما استوى فيه التفضيل والتسوية، كالبيع.

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين: "وهبت منكما هذه الدار، لهذا نصفها، ولهذا نصفها" صحت الهبة. ولو قال: "وهبت منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها" لم تصح الهبة؛ لأنه في الأول أوقع العقد صفقة ثم فسَّر مقتضى الصفقة من القسمة، وفي الثاني فرَّق أحد الإيجابين عن الآخر.

وقد قال أبو الحسن: قياس قولهما فيمن قال لرجلين: "وهبت منكما هذه الدار، وهبت لهذا نصفها ولهذا نصفها" أن لا يصح؛ لأنه لما أعاد لفظ الهبة دلَّ على أنه أفرد أحد العقدين عن الآخر. وقد ذكر محمد في **الجامع الكبير** مسائل بناها على هذه الطريقة، وجعل ما أعاد فيه لفظَ البيع صفقتَين، وما لم يُعِد صفقةً واحدةً.

---

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: عن.

[إيثار الرجل بعض أولاده في الهبة]

[٤١٠.] **مسألة** روى معلَّى عن أبي يوسف أنه قال: لا بأس أن يُؤْثِر الرجلُ بعضَ ولده على بعض في الهبة إذا لم يُرِد الإضرار، وينبغي أن يسوى بينهم إذا أراد الإضرار، ذكورهم وإناثهم في العطية سواء. قال معلَّى: وقال محمد: يعطي الذكر مثل حظ الأنثيين.[١]

لأبي يوسف: ما روي في حديث النعمان بن بشير [٩٩و] قال: نحلني أبي غلامًا وأتى بي إلى النبي صلى الله عليه فقال: "إني نحلت هذا غلامًا كان لي" فقال عليه السلام: «أكلّ ولدك نحلت هكذا؟» فقال: لا. فقال عليه السلام: «ارتجعه».[٢] وروي أنه قال: «يسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟» قال: نعم.[٣] قال: «فسوِّ بينهم في العطاء». وروي أنه قال: «أشهد على هذا غيري».[٤] وروي أنه قال: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم».[٥] في خبر ابن عباس أنه عليه السلام قال: «سَوُّوا بين أولادكم فلو كنتُ مفضِّلًا لفضلَّتُ الإناثَ»،[٦] ولأن ذلك يؤدي إلى قطع الرحم بينهم وهذا ممنوع منه.

لمحمد: أن العطية في حال الحياة تعجيل ما يستحقونه بعد الموت؛ ألا ترى أن عطيته لواحد دون آخر؛ لما غيرت موجب الاستحقاق بعد الموت لم يجز له ذلك بفعله.

---

١ **نوادر المعلى**، ١٠٨ظ، ١٠٩و.

٢ **موطأ الإمام محمد**، ٢٨٥ (٨٠٧)؛ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٩/٢٠ (٣٧٢١٨).

٣ انظر: **مسند أحمد**، ٣٢٨/٣٠ (١٨٣٧٨)؛ **سنن أبي داود**، ٢٩٢/٣ (٣٥٤٢).

٤ **سنن أبي داود**، ٢٩٢/٣ (٣٥٤٢).

٥ **صحيح البخاري**، ١٥٨/٣ (٢٥٨٧).

٦ **المعجم الكبير** للطبراني، ٣٥٤/١١ (١١٩٩٧)؛ **السنن الصغير** للبيهقي، ٣٤١/٢ (٢٢٤٤).

[حكم الرقبى]

[٤١١.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: الرُّقبى باطلة. وقال أبو يوسف: جائزة. **لهما**: حديث شريح أن النبي صلى الله عليه أجاز العُمرى وردَّ الرُّقبى. وروى مكحول أنه عليه السلام قال: «العُمْرى جائزة والرُّقْبى باطلة». ولأن الملك فيها متعلق بخطر، وذلك لا يجوز في حال الحياة. **لأبي يوسف**: حديث جابر أن النبي صلى الله عليه: أجاز العمرى لأهلها والرقبى لأهلها.[١]

وقد قال أبو حنيفة فيمن قال لآخر: "هذه الدار لك حبيس" أو قال: "لك رقبى" ودفع إليه: إنها عارية. وقال أبو يوسف: هبة. **لأبي حنيفة**: أن الكلام موقوف على آخره، فلما قال: "هي لك" ثم قال: "حبيس" أو "رقبى" صار ذلك تفسيرًا للإضافة، فكأنه قال: "حبستها عليك". **لأبي يوسف**: أن قوله يفيد التمليك، وإذا قال: "حبيس" فقد رجع عن قوله وشاوره في ملكه فلم يتعلق به حكم.

وأما إذا قال: "أرقبتُك داري" فهي عارية عندهم جميعًا. وحكى الحسن عن زفر أن ذلك تمليك بمنزلة قوله: "هي لك رقبى". **لنا**: أن الرقبى لما أفاد الحبس صار كأنه قال: "حبستها عليك". **لزفر**: أن قوله: "أرقبتك" بمنزلة قوله: "هي لك رقبى"، كما أن "أعمرتك" بمنزلة قوله: "هي لك عمرى"، فإذا أفاد أحدهما التمليك كذلك الآخر.[٢]

[الرجوع في عوض الهبة إذا استحقت بعد تلفه]

[٤١٢.] **مسألة** قال في **الأصل** من غير خلاف: إن الموهوب له إذا عوَّض عن الهبة، فتلف العوض في يدي الواهب، ثم استُحِقَّت [٩٩ظ] الهبة، إن للمعوض

---

١ انظر: **مصنف عبد الرزاق**، ١٨٦/٩ (١٦٨٧٥)؛ **مسند أحمد**، ١٥٨/٢٢ (١٤٢٥٤).

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٧/٤-٣٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦ظ، ٣٧٧و.

الرجوع بقيمة العوض إن لم يكن له مثل، وبمثله إن كان له مثل. وروى بشر عن أبي حنيفة: أنه لا يضمن العوض، وهو قول أبي يوسف.[١]

وجه ما ذكره في الأصل: أنه دفع العوض لإسقاط حق الواهب من الرجوع، فإذا استحقت الهبة تبيَّنًا أنه لا حق له في الرجوع، فصار كمن صالح من دعوى حق، ثم تصادقا على بطلان الدعوى. **وجه الرواية الأخرى**: أن الهبة ملكت بالعقد، والعوض لا يملك في مقابلته شيء، فصار كابتداء الهبة، فإذا تلف لم يضمن.

وأما إذا استحق جزء من العوض لم يرجع بشيء من الهبة عندنا. وقال زفر: يرجع بقدر ما استحق. ولو استحق جزء من الهبة رجع بما في مقابلته من العوض في قولهم.

لنا: أن العوض لا يملك في مقابلة الهبة؛ بدلالة أن ملكها سابق، وإنما يبدل لإسقاط الرجوع؛ وما بقي منه يصح أن يكون عوضًا فلم يرجع بشيء في مقابلة المستحق، ولكن للواهب رد بقية العوض، والرجوع في الهبة. وليس كذلك إذا استحق جزء من الهبة؛ لأنه جعل العوض لإسقاط الرجوع عن جميعها، ولم يرض أن تكون عوضًا عن إسقاط الرجوع عن بعضها، فإذا استحق بعضها رجع بما بقي في مقابلته. **ولا يلزم على ما ذكرنا**: إذا شرط العوض في العقد؛ لأن كل واحد منهما في مقابلته الآخر، فاستحقاق جزء من أحدهما يوجب الرجوع بعوضه.

لزفر: أن العوض يلحق بالعقد فيصير كالموجود فيه، وكما لو استحق جزء من العوض المشروط رجع بما بقي في مقابلته، فكذلك الملحق.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣/٣٨٦؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٤/٢٦، ٢٧؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦ظ.

[الرجوع بعد نقصان الهبة]

[٤١٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وهب شاة فضحَّى بها الموهوب له لم يسقط الرجوع. وقال أبو يوسف: يسقط. **لنا**: أنه لم يحدث في العين إلا النقص، ونقصان الهبة لا يمنع الرجوع في الهبة. وعلى هذا الخلاف إذا وهب شيئًا فجعله الموهوب له صدقة.[١]

[القبول في هبة الدين]

[٤١٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وهب الدين من الغريم وأبرأه: لم يفتقر إلى القبول، وبطل بالرد. وقال زفر: يقف على القبول.

لنا: أنه [١٠٠و] إسقاط حق لا يقتضي تمليك عين، كالعتق. وليس كذلك إذا بطل بالرد وُقِف على القبول؛ لأنه يشبه العتق من الوجه الذي ذكرنا، ويشبه التمليكات من وجه آخر، وهو إلى الكفيل إذا وهب له الدين رجع على المكفول عنه، فلشبهٍ بالتمليكات يبطل بالرد، ولشبهه بالعتق لا يقف على القبول، كالعتق والعفو من دم العمد. **لزفر**: أنه تمليك حق، وتمليك الحقوق كتمليك الأعيان في افتقاره إلى القبول كالمنافع. ولأنها تبطل بالرد فوقفت على القبول كهبة الأعيان.

[حكم الرجوع في الهبة]

[٤١٥.] **مسألة** قال أصحابنا: الرجوع في الهبة فسخ وإن كان بغير قضاء. وقال زفر: هو هبة. وقد بينا هذه المسألة.[٢]

وقد قال أصحابنا: إذا وهب له عبدًا فوهبه لآخر، ثم رجع: فللأول أن يرجع.

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٠٩/٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦ظ.

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣٤/٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦و.

ولم يفصلوا. وقالوا: إذا رجع الواهب لم يضمن الموهوب له قدر الزكاة. وقال زفر: يضمن.

وقد ذكر في **الأصل** فيمن وهب فرجع في مرض الموت: له أن ذلك من الثلث، فمن أصحابنا من جعل المسألة على روايتين، والصحيح أنها رواية واحدة. وإنما اعتبرت من الثلث هاهنا لتعلق حق الورثة بها، فصارت هبة في حقهم، فسخًا في حق غيرهم. وهذا غير ممتنع كما قال أبو حنيفة في الإقالة.

[وهب أجنبي للمكاتب فعجز]

[٤١٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وهب للمكاتب هبة فعجز، والواهب أجنبي من المولى: رجع. وقال محمد: لا يرجع.[١]

لهما: أن أكساب المكاتب موقوفة عليه وعلى مولاه، فإذا عجز مَلَكها المولى بالإيجاب السابق، وكأن الهبة وقعت له. ولأنه لم يتخلل بين ملك المولى وملك الواهب ملك آخر، فكأنه وهب له. ولأن المولى بالعجز يستحق الأكساب كما يستحق الرقبة، ومعلوم أن ملكه في الرقبة ليس بمستأنف، فكذلك في الأكساب.

لمحمد: أن الهبة تمَّت، وإنما يملكها المولى بسبب آخر، فصار كالموهوب له إذا باع. **يبين ذلك**: أنه لو اشترى جارية فحاضت عنده، ثم عجز وجب على المولى الاستبراء، ولم يعتد بما حاضت في يد المكاتب. ولأن المكاتب يحل له الصدقة وإن كان المولى غنيًا، فدل على أنه يستحق بملك مستأنف.

فأما إذا أعتق فللواهب أن يرجع [١٠٠ظ] في قولهم، ولو كان المكاتب أخا الواهب

---

١ انظر: **الأصل**، ٣/٣٩٢.

فعتق: لم يرجع إجماعًا، لأن الملك استقر له، والإيجاب وقع له، فكأنه وهب له إذا أعتق، ويرجع إذا عجز عند أبي يوسف. وقال محمد: لا يرجع في الوجهين.

أما إذا أعتق: فقد استقر الملك له، ومن وهب لذي رحم لم يرجع. وأما إذا عجز فعند أبي يوسف: يملكه المولى بالسبب الأول، فكأنه وهب له وهو أجنبي. وعلى قول محمد: يملك بسبب مستأنف، وهذا المعنى يمنع الرجوع.

[رجوع الواهب بعد جناية العبد على الموهوب له]

[٤١٧.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا جنى العبد الموهوب على الموهوب له، ثم رجع الواهب: فالجناية هدر. وروى ابن سماعة عن محمد: أن الواهب يُخيَّر بين الدفع والفداء.[١]

وجه ما في الأصل: أن الجناية وقعت منه وهو على ملكه فلم يثبت حكمها كسائر أملاكه، والرجوع بعد ذلك يوجب زوال الملك، فصار كالبيع. وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة؛ لأن عنده أن جناية المغصوب في يد الغاصب هدر وإن لم يملكه؛ لأنه في ضمانه، فما في ملكه أولى. **لمحمد**: أن الرجوع فسخ، فيصير كأن الهبة لم تكن. وهذا باطل؛ بدلالة أن الموهوب له لو ضحَّى بالشاة ثم رجع الواهب لم يمنع جوازها عن الأضحية، ولو جعل الملك كأنه لم يكن لم يسقط الفرض، وكذلك لا يلزم الواهب زكاة ما مضى.

[الرجوع في هبة غير ذي رحم]

[٤١٨.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا وهب المريض هبة وعليه دين، فزاد العبد في يده، ثم أعتقه الموهوب له: ضمن قيمته يوم العتق. ولم يذكر خلافًا، وهذا قولهما. فأما أبو حنيفة فقال: يضمن قيمته يوم القبض. وهو قياس قوله في مسألة

---

١ انظر: **الأصل**، ١١٦/٧.

الغصب أيضًا. ومن أصحابنا من قال: إن مسألة الهبة قولهم، لأن العتق إتلاف فصار كالقتل في مسألة الغصب فيضمنه زائدا. وهذا ليس بصحيح؛ لأن العتق إتلاف من حيث تعلق الضمان به وهو جنس الضمان الأول فلم يتجدد مع بقائه. وليس كذلك القتل لأن ضمانه ضمان الجنايات فلذلك جاز أن يتجدد على الضمان الأول.[١]

[وهب هبتين وعوضه إحداهما عن الأخرى]

[٤١٩.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا وهب هبتين، وعوضه إحداهما عن الأخرى والعين على صفة لا يجوز الرجوع فيها صح العوض. وإن [١٠١و] كان العوض مما للواهب أن يرجع فيه فعلى وجهين: إن كانا ملكا بعقدين جاز العوض عن العوض عند أبي حنيفة ومحمد. وروى بشر عن أبي يوسف أنه: لا يجوز.[٢]

أما إذا كانت إحدى العينين قد زادت: فقد سقط حق الواهب عنها، فصارت كسائر أملاك الموهوب له، فجاز أن يكون عوضًا، **وأما إذا لم تزد**: فإن كانت بعقد واحد لم يصح؛ لأن المملوكات بعقد واحد كالعبد الواحد، فلا يصح أن يكون بعضه عوضًا عن بعض. ولأن العقد لو وقع على أن يكون أحدهما عوضًا عن الآخر لم يجز، فكذلك إذا ألحقاه به. **وأما إذا كانا بعقدين**: **فوجه قولهما**: أن كل واحد منهما لما ملك بعقد منفرد صار اختلاف العقدين كاختلاف العينين، فكما يجوز أن يعوضه عينًا لم يهبها؛ فكذلك يجوز أن يعوضه ما ملكه بعقد آخر. **لأبي يوسف**: أن الرجوع في الهبة لما كان مستحقًا فمتى ردت العين وقع ذلك عن الفسخ المستحق، فلم يكن عوضًا. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن حق الفسخ لا يثبت إلا بمطالبة الواهب، ولم يوجد.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣/٣٨٨، ٣٨٩.

٢ انظر: **الأصل**، ٣/٣٨٦، ٣٨٧؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦ظ.

[وهب دارًا لابنه على عوض]

[٤٢٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وهب دار ابنه على عوض لم يجز. وقال محمد: يجوز. وقد بينا هذه المسألة في الشفعة.[١]

[أعطاه دارًا صدقة وهبة]

[٤٢١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أعطاه دارًا على أن نصفها صدقة ونصفها هبة جاز، وله أن يرجع في النصف. وقال زفر: لا يجوز.

لأبي يوسف: أن اختلاف الملك كاختلاف المالك. **ومن أصله**: جواز هبة الواحد من اثنين وإن اختلف ملكهما. ولأن قبض الموهوب له لا يقع في مشاع، فصار كمن وهب نصف دار ولم يسلمه حتى وهب النصف للآخر. **وأما زفر** قال: لما أفرد كل نصف بالتمليك عن الآخر بدلالة أن أحدهما لا يصح فيه الرجوع صار كما لو فرَّق المالكين، **ومن أصله**: أن هبة الواحد من اثنين لا تجوز.

[لمن القول في زيادة الموهب]

[٤٢٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وهب جارية فزعم الموهوب له أنها سمنت عنده، وقال الواهب: "وهبتها سمينة" فالقول قول الواهب. وقال زفر: القول قول الموهوب له.[٢]

لهما: أن الزيادة لا يجوز أن تنفرد عن الأصل بالتمليك، وكان الظاهر أنها تبع [١٠١ظ] للأصل، فإذا تعلق حق الواهب بالأصل تعلق بها. وليس كذلك إذا قال الموهوب له: "وهبت لي ثوبًا أبيضًا فصبغته" وقال الواهب: "بل وهبته مصبوغًا"؛ لأن الصبغ يجوز أن ينفرد بالملك عن العين، بدلالة الغاصب إذا صبغ فصار الصبغ مالًا

---

١ وهي في المفقود من الكتاب.

٢ انظر: **الأصل**، ٣/٣٨٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٦و، ٣٧٦ظ.

في يده فلا تقبل دعوى الواهب فيه. **ويجوز أن يقال**: إن حق الرجوع قد تعلق بالهبة، فدعوى الموهوب له للزيادة يسقط بها حق الرجوع الثابت، فلا تقبل. وهذا هو القياس في مسألة الصبغ لولا ما ذكرناه.

لزفر: أن الموهوب له هو القابض، فكان القول قوله فيما وقع فيه القبض كالبيع.

[التقابض في هبة سيف محلى]

[٤٢٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا وهب سيفا محلًّى على مئة، وافترقا قبل أن يتقابضا لم يفسد العقد، وجاز أن يتقابضا بعد ذلك. وقال زفر: فسد العقد. وهذا فرع على حكم العقد، فعندنا عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، فترك الافتراق لا يُبطِله. وعند زفر: عقده عقد بيع وجوازه كذلك، فيفسد بترك الافتراق.

[وهب دارًا من رجلين وعوضهما ألفًا]

[٤٢٤.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا وهب الرجلان من الرجل دارًا فعوضهما عنها ألفًا: جاز. وقال زفر: لا يجوز، حتى يُفرِد حصة كل واحد.

لأبي يوسف: أن العوض يجوز فيه ما يجوز في ابتداء الهبة، وعنده أن هبة الواحد من الاثنين جائزة. ولأن الألف عوض لإسقاط الرجوع، كالعوض في البيع. **وزفر يقول**: العوض لا يملك به شيء، فهو كالهبة المبتدأة. **ومن أصله**: أن هبة الواحد من اثنين لا تصح.

[الرجوع في صدقة عوض عنها]

[٤٢٥.] **مسألة** إذا تصدق على رجل بصدقة، فعوضه عنها، جاز الرجوع في العوض. وقال زفر: لا يجوز.

لأبي يوسف: أن العوض لإسقاط الرجوع في الهبة، والصدقة لا رجوع فيها، فلم تقع عن العوض فصار هبة مبتدأة. **لزفر**: أن الصدقة تبرع كالهبة، فإذا لم يجز الرجوع في عوض أحدهما كذلك الآخر.

[ملك هبة عبد مات قبل قبضها]

[٤٢٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: إذا كان العبد في يد البائع، فوهبت له هبة، ثم مات قبل القبض، فالهبة للمشتري. وقال أبو يوسف ومحمد: للبائع. [١٠٢و]

لأبي حنيفة: أن الهبة لم يقع العقد ولا سرى إليها الحق المتعلق بما وقع عليه العقد فلم ينفسخ فيها البيع. **لهما**: أن العقد ينفسخ من أصله، ويصير كأن لم يكن؛ بدلالة أنه لو كان في رقبته جناية لم يلزم المشتري، فصار كأنه لم يزل على ملك البائع.

* * *

كتاب الوقف

[زوال ملك الواقف عن الموقوف]

[٤٢٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر: لا يزول ملك الواقف بنفس الوقف. وقال أبو يوسف: يزول بالعقد. وقال محمد: بالقبض.[١]

لأبي حنيفة وزفر: ما روي عن ابن عباس أنه قال: لما نزلت آية الفرائض قال النبي عليه السلام: «لا حُبُس عن فرائض الله»،[٢] وعن شريح أنه قال: «جاء محمد ببيع الحبس» وهذا لا يُعلَم إلا سماعًا،[٣] ولا يجوز حمل ذلك على تحبيس الجاهلية كالسائبة والوصيلة؛ لأن عموم اللفظ ينفي الجميع.

ولأن ذلك لم يثبت في الإسلام حتى ينهى عنه بعد نزول الفرائض، ولأنه إزالة ملك لا إلى مالك من غير إتلاف، فصار كقوله: "وهبت لواحد من الناس". ولأنه إيجاب حق في النماء فلا يوجب زوال الملك عن الأصل، كالوصية بالثمرة والغلة.

لهما: ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال للنبي صلى الله عليه: «إني أصبتُ سهامًا بخيبر لم أُصِب مالًا أنفس منه» فقال النبي عليه السلام: «احبس أصلها وتصدق

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤/١١.

٢ **مصنف ابن أبي شيبة**، ١١/٥٥ (٢١٣٢٥)؛ **السنن الصغير** للبيهقي، ٢/٣٣٦ (٢٢٢٧).

٣ موضع الكلمة فيه خرم في أصل مقدار ثلاث أحرف.

بثمرتها»[١] وذكر عمر في كتابه: «على أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث».[٢] ولأنه إزالة ملك لا إلى مالك على طريق القربة، كالعتق.

[بم يصح الوقف]

[٤٢٨.] **مسألة** قال أبو يوسف: يصح الوقف بمجرد القول. وقال محمد: بالقبض.[٣]

لأبي يوسف: ما روي أن عمر شرط أن يلي وقفه بنفسه مدة حياته. ولأنه إزالة ملك لا إلى مالك، كالعتق. **لمحمد:** أنه تبرع في حال الحياة من غير إتلاف فيقف على القبض، كالهبة.

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: يجوز وقف المشاع، لأن عمر قال للنبي عليه السلام: «إني أصبت سهامًا بخيبر» فقال له: «احبس أصلها»، ولأنه إزالة ملك لا إلى مالك كالعتق. **وأما محمد فقال:** لا يصح؛ لأن ما اعتبر فيه القبض فللإشاعة فيه تأثير كالهبة.

[هل يصح الوقف على جهة تنقطع؟]

[٤٢٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: يصح الوقف [١٠٢ظ] وإن لم يجعل آخره للفقراء. فإن قال: "جعلته صدقة موقوفة على ولدي أبدًا ما تناسلوا" فانقطع نسله كان للفقراء، وإن لم يذكر صدقة ولكن قال: "وقفته على ولدي وولدهم"، فإن انقرضوا عاد إليه إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا. وقال محمد: لا يصح الوقف حتى يبين فيه جهة لا تنقطع أو يجعل آخره للفقراء.[٤]

---

١ انظر: **المعجم الأوسط**، ٦/٣ (٢٢٩٩).

٢ **سنن النسائي**، ٢٣١/٦ (٣٦٠١).

٣ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٥/٤-١٦.

٤ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٧/٤، ١٨.

لأبي يوسف: أن الأصل في الوقف وقوف الصحابة، ولم ينقل أنهم جعلوا آخرها للفقراء. ولأن المعتبر حصول القربة في الحال، وجواز الانقطاع كجواز أن لا تنقطع. ولأنه إذا قال: "آخره للفقراء" فلم يعين ومع ذلك يصح الوقف، فدل أن التعيين غير معتبر. **لمحمد**: أن من شرط الوقف التأبيد؛ بدلالة أنه لو وقَّته لم يصح، وإذا جعله على ما ينقطع فقد توقَّت من طريق المعنى فلم يصح.

[هل يصح الوقف إذا لم يسم الجهات]

[٤٣٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "جعلت داري وقفًا" ولم يسم الجهات جاز وكانت على الفقراء. وقال محمد: لا يجوز. ويجب أن يكون قول أبي حنيفة مثله.

لأبي يوسف: أن الوقف لما كان المقصود منه القربة لم تقف صحته على التعيين، أصله إذا قال: "جعلتها صدقة". **لمحمد**: أن القياس يمنع جواز الوقف، وإنما تركناه لفعل الصحابة، ولم ينقل عن أحد منهم أنه وقف ولم يبين الجهة. ولأنه إيجاب حق في المنفعة، كالعارية. ولأن هذا في معنى ما كان يفعله الجاهلية من السائبة؛ لأنهم كانوا يوقفونها ولا يوجبون فيها حقًا، وقد نهى الله تعالى عن ذلك.

[استثنى الواقف شرطًا لنفسه]

[٤٣١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا استثنى أن ينفق من الوقف على نفسه جاز. وقال محمد: لا يجوز.[١]

لأبي يوسف: ما روي أن عمر شرط في وقفه: «ولا بأس لمن وليه أن يأكل منه غير متمول»،[٢] وقد كان يليه بنفسه فدل على جواز ذلك. ولأنه إزالة ملك على طريق

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٧/٤، ١٨.

٢ **صحيح البخاري**، ١٩٨/٣ (٢٧٣٧)؛ **صحيح مسلم**، ١٢٥٥/٣ (١٦٣٢).

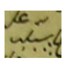
القربة كبناء المسجد والسقاية فيجوز له أن ينتفع بها. **لمحمد**: أنه إزالة ملك لا إلى مالك فلم يجز أن يشرط فيه منفعة لنفسه، كالعتق. ولأن الوقف لا ينتقل إلى [١٠٣و] الموقوف عليه، وإنما ينتفع به على حكم ملك الموقوف، فإذا شرطه لنفسه فكأنه ملكه نفسه.

[الاستثناء في إبطال الوقف]

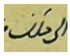
[٤٣٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إن شرط الموقِف لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه جاز، وإن مات قبل أن يختار شيئًا مضى الوقف على ما سبَّله[١] عليه. قال بشر: وقال أبو يوسف بعد ذلك: لا يجوز الاستثناء في إبطال الوقف، وهو نافذ جائز. وقال محمد: لا يجوز الاستثناء. ولم يتعرض لصحة الوقف. وقال هلال: «الوقف جائز والشرط جائز».[٢] وقال يوسف بن خالد: «الوقف جائز والشرط باطل».

وجه قول أبي يوسف الأول: ما روي أن عليًّا شرط أن يلي وقفه الحسن ثم الحسين وقال: «فإن احتاجا فلهما بيعه. وقسمته: ثلث في سبيل، وثلث في الرقاب، وثلث في بني هاشم وبني المطلب»، ولم يجعل لغيرهما من ولده ذلك. ولأن البيع لا ينافي الوقف، بدلالة أنه يجوز بيع الفرس إذا هَرِم، وحصير المسجد إذا خلقت، وما لا ينفيه يجوز شرطه فيه. **وجه قوله الثاني**: أن الوقف من حكمه أن يتأبد؛ بدلالة أنه لو وقته لم يجز، فصار كالنكاح فلم يجز فيه الشرط. ولأنه إزالة ملك لا إلى مالك،[٣] كالعتق.

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ **أحكام الوقف** لهلال الرأي، ٩١.

٣ وصورته في المخطوط: 

[وقف وشرط لنفسه الخيار]

[٤٣٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا وقف وشرط لنفسه الخيار ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط. وقال هلال: «الوقف باطل»،[١] وعن محمد نحوه. وقال يوسف بن خالد: «الوقف جائز والشرط باطل». واتفقوا أنه لو بنى مسجدًا على أن يستبدل به أو على أنه بالخيار فهو مسجد والشرط باطل.

وأما أبو يوسف: فبنى على أصله: أن شرط الفسخ جائز فيه كذلك الخيار. **ومحمد يقول**: من شرطه التأبيد فلا يجوز خيار الشرط فيه كالنكاح. **ليوسف**:[٢] أن الوقف إزالة ملك لا إلى مالك كالعتق.

[الوقف في مرض الموت]

[٤٣٤.] **مسألة** روى الحسن عن أبي يوسف: فيمن وقف داره في مرضه على ولده وولد ولده ثم مات: جاز من ذلك الثلث على من لا يرثه، وبطلت حصة الورثة. وقال الأنصاري:[٣] هي صدقة موقوفة تقسم حصة الوارث من الغلة بين الورثة [١٠٣ظ] على فرائض الله تعالى، ومن ليس بوارث فعلى ما سماه الموقف، فإذا هلك الوارث عادت إلى الشرط.[٤]

لأبي يوسف: أن التبرع في حال المرض وصية، وذلك لا يصح للوارث. ولأنه محجور عليه في حق وارثه، فصار كالمجنون، فإذا بطل في نصيب الوارث صح نصيب الباقين؛ لأن الإشاعة عنده لا تمنع الوقف. **وعلى أصل محمد**: الوقف وقع

---

١ **أحكام الوقف** لهلال الرأي، ١٦٥.

٢ أي يوسف بن خالد.

٣ لعله: محمد بن هارون الأنصاري، يروي عن محمد بن الحسن.

٤ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٥/٤.

غير مشاع، فطريان الإشاعة لا يؤثر، كمن تصدق بدار في حال مرضه، فرجع الورثة في ثلثيها. **وأما الأنصاري فقال**: إن المريض لا يُتَّهم في الوقف؛ لأنه قصد تبقية أصله، وإنما يُتَّهم في تخصيص بعض الورثة، فإذا قسمنا ذلك بينهم على مواريثهم زالت التهمة، فصح الوقف.

[وقف داره على ولده الصغار بالقول]

[٤٣٥.] **مسألة** قال الطحاوي: إذا وقف داره على ولده الصغار جاز الوقف بالقول عند أبي يوسف، ويجوز في قياس قول محمد، وإن لم يخرجها من يده. ولو كان فيهم كبيرًا لم يجز الوقف إذا كانت في يده، كما قال في الصدقة المملوكة، فإن ابن سماعة روى عنه فيمن تصدق على ابنين له بدارٍ أحدهما صغير والآخر كبير قال: فإن لم يقبض الكبير لم يجز لواحد منهما، وإن قبض الكبير جاز لهما.

وحكى الطحاوي عن أبي خازم عن علي الرازي في تحصيل قول محمد مثل ذلك، قال: فقال لي علي الرازي: «هل فيه حيلة يجوز معها صدقته على ابنين أحدهما صغير والآخر كبير؟» فقلت: «نعم، يسلم الدار إلى الكبير ثم يقول له الكبير: "تصدق بدارك هذه علي وعلى أخي الصغير" فيقول له: "قد فعلت" فيجوز لهما».

أما أبو يوسف: فيجوز الوقف عنده بالقول، وإن لم يقبض فالكبار والصغار سواء. **وأما محمد**: فمن أصله أن صحة الوقف تقف على القبض، فإن كانوا صغارًا فقبض الأب قام مقام قبضهم، كما يقوم في الهبة والبيع، وإن كان أحدهما كبيرًا فقد صار الأب قابضًا لنصيب الصغير، ونصيب الكبير لم يقبض، فهو كما لو تصدق على اثنين، فقبض أحدهما [١٠٤و] دون الآخر، فلا يصح في حقهما؛ لأجل الإشاعة في المقبوض، ولعدم القبض في الآخر.

فإن قبض الكبير فقد روى ابن سماعة عن محمد: أنه يجوز؛ لأن الأب صار

قابضًا للصغير، والكبير قبض لنفسه، فهو كما لو وهب لرجلين وسلم إليهما. قال الطحاوي: هذا لا يصح على أصل محمد؛ لأن عنده أن من تصدق على رجلين صدقة واحدة لم تجز حتى يقبضاها منه قبضًا واحدًا، وإن قبضاها قبضين لم تجز. **وهذا ليس بصحيح**، لأن الكبير يقبض نصفها لنفسه والنصف الآخر في يده للأب، ويده قائمة مقام يده، فيصير الأب قابضًا للصغير في الحالة التي قبضها الكبير لنفسه.

[وقف ما لا يبقى]

[٤٣٦.] **مسألة** قال أبو يوسف: لا يجوز وقف ما لا يبقى، إلا الكراع والسلاح، والرجل يقف ضيعة فيها بقر وعبيد. وروي عنه: أن كل ما له غلة جاز وقفه. وقال محمد: يجوز وقف الكراع والسلاح والمصاحف التي يقرأ فيها.

أما وجه الرواية الأولى: فلأن ما لا يبقى لا يجوز وقفه، كالدراهم والثياب. ولأن من شرط الوقف التأبيد، وما لا يبقى لا يصح معنى التأبيد فيه. وليس كذلك الكراع والسلاح؛ لأن القياس فيهما كذلك، وإنما تركوه لقوله عليه السلام: «أما خالد فقد حبس أدرعًا له وأفراسًا في سبيل الله».[١] **وجه الرواية الأخرى**: أن العقار إنما جاز وقفه لإمكان الانتفاع بغلته، وهذا المعنى موجود فيما سواه. وقد حكي عن الأنصاري: جواز وقف الدراهم والدنانير. وهذا غلط؛ لأن الانتفاع بها نفع باستهلاك أعيانها كالطعام.

[رجوع المريض الواقف داره]

[٤٣٧.] **مسألة** روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر في المريض يجعل داره وقفًا فله أن يرجع فيها، فإن مات قبل الرجوع صارت وقفًا من الثلث. وروي عن أبي حنيفة: أنه لا يصح الوقف حتى يقول: "وقفتها بعد موتي".

---

١ **صحيح البخاري**، ١٢٢/٨ (١٤٨٨)؛ **صحيح مسلم**، ٦٧٦/٢ (٩٨٣).

وجه الرواية الأولى: أن تصرف المريض في مرض موته كتصرفه بعد الموت؛ بدلالة اعتباره من الثلث، فكأنه وصَّى بها. **وجه الرواية الأخرى**: أن المانع من صحة الوقف حال الصحة [١٠٤ظ] أنه إزالة ملك لا إلى مالك من غير إتلاف، وهذا موجود في حال المرض. وليس كذلك إذا قال: "بعد موتي"؛ لأن الملك يزول بالموت، وقوله يعمل في منع دخول الشيء في ملك الورثة، وهذا يملكه في مقدار الثلث، كما لو أوصى به للفقراء.

[وقف داره على سكنى أمهات أولاده]

[٤٣٨.] **مسألة** قال محمد في **الأصل**: إذا وقف دارًا على أن يسكنها أمهات أولاده ما لم يتزوجن، فمن تزوجت منهن عاد نصيبها إلى الباقيات، فإن تزوجن كلهن كان ميراثًا: لم يجز ذلك إلا من الثلث. وقال أبو يوسف: يجوز من جميع المال.

أما أبو يوسف: فبنى على أصله أن الوقف ليس من شرطه التأبيد، فيجوز الوقف على هذا الوجه. **وأما محمد**: فبنى على أصله أن الوقف من شرطه التأبيد، وهذا ينفي التأبيد. ولأن الوقف على أمهات الأولاد كالوقف على نفسه؛ فلذلك لا يجوز عنده.

وقد قال أهل البصرة: إن الوقف على أمهات الأولاد والإماء لا يجوز، كما لا يجوز على نفسه. وقال أبو يوسف: يجوز كما يجوز على نفسه. وذكر أبو الليث عن محمد: جواز الوقف على أمهات الأولاد.

[بناء المسجد]

[٤٣٩.] **مسألة** إذا بنى مسجدًا قال أبو حنيفة ومحمد: لا يزول ملكه عنه حتى يصلي فيه. قال الحسن عن أبي حنيفة: حتى يصلي فيه بأذان وإقامة جماعة. وقال أبو يوسف: يصير مسجدا بالقول.

لهما: أنه إزالة ملك لا إلى مالك من غير إتلاف، فلا يصح بمجرد القول، كقوله: "وهبت لواحد من الناس". وإنما زال الملك بالصلاة؛ لأن المسجد يبنى لحق الله تعالى، وفعل المصلي يقوم مقام القبض لله تعالى، فصار كالصدقة المقبوضة. وليس كذلك الوقف المقبوض عند أبي حنيفة؛ لأن الوصي يقوم مقام الواقف، فكأنه لم يخرجه من يده. **لأبي يوسف**: أنه إزالة ملك لا إلى مالك، فلا يلحقه الفسخ كالعتق.

[إذا خرب المسجد واستغنى الناس عنه]

[٤٤٠.] **مسألة** إذا خرب جوار[١] المسجد واستغنى الناس عنه لم يتغير عند أبي يوسف. وقال محمد: يعود إلى ملك الذي بناه.

لأبي يوسف: أنه إزالة ملك لا إلى مالك فلا يلحقه الفسخ، كالعتق. ولأن صحته لا تقف عنده على فعل الصلاة، فزوال هذا المعنى لا يغيره. **لمحمد**: أنه أخرجه عن ملكه لجهة القربة، [١٠٥و] فإذا فاتت عاد إلى ملكه، كمن كفن ميتًا فأكله السبع.

* * *

١ وصورته في المخطوط: 

كتاب العارية

[التوقيت في العارية والرجوع]

[٤٤١.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا أعار أرضًا للبناء أو الغرس، ووقَّت، ثم رجع قبل الوقت: ضمن. وقال زفر: لا يضمن.[١]

لنا: أنه لمَّا وقَّت في العارية فقد غرَّه، فلزمه ضمان الغرور، كرجل قال لرجل: "إن هذه الدار لي فاحفر لي فيها بئرًا". وليس كذلك إذا لم يوقِّت؛ لأنه لم يغرُّه في شيء، ألا ترى أنه يجوز أن يرجع في كل وقت، فصار هو الغارَّ لنفسه. وليس كذلك إذا وقَّت؛ لأن الظاهر أنه يفي بما وعد، فلزمه الضمان. **لزفر**: أن العارية لا يستحق بها ضمان الغرور؛ بدلالة أنها لو تلفت واستحقت فضمن المستعير لم يرجع. ولأن المستعير قد عَلِم أن للمعير أن يرجع أيَّ وقت شاء، فصار هو الغارَّ لنفسه.

[على من عشر الأرض]

[٤٤٢.] **مسألة** قال أصحابنا: العُشر على المستعير. وقال زفر: على المعير.[٢]

لنا: أن رب الأرض لم تسلَمْ له منفعة الأرض، ولا يد لها، فصار كما لو عطَّلها. وليس كذلك الخراج؛ لأنه كان متمكنًا من الانتفاع، فإذا أعار صار معطِّلًا للأرض الخراجية فلا يسقط خراجها عنه. وليس كذلك إذا آجر؛ لأن بدل المنفعة حصلت له،

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣/٣٢٠؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٨١و.

٢ انظر: **عيون المسائل**، ٤٨.

فكأنها سَلِمَتْ. **لزفر**: أنه حق متعلق بالأرض كالخراج. ولأن ما تعلق به العشر لا فرق بين أن يزيل ملكه عنه بعوض أو بغير عوض، **أصله**: إذا وهب الزرع أو باعه.

وقد قال أبو يوسف: إن أعار مسلم ذميًا أُخِذَ منه عشران؛ لأن العشر يجب عليه عنده، فصار كالمشتري على أصلهم. **وعند زفر**: هو المعير، فيؤخذ عشر واحد.

[ما العارية]

[٤٤٣.] **مسألة** قال بعض أصحابنا: العارية تمليك المنافع. واحتج على ذلك من أصولهم: أن له أن يعيرها، ولو كان إباحة لم يملك ذلك. ولأن العريَّة والعارية معناهما واحد.[١]

وإنما فرق بين الاسمين لاختصاص أحدهما بالأعيان والآخر بالمنافع، وهذا لا يوجب اختلاف المعنى، فإذا كان أحدهما تمليكا كذلك الآخر. ولأن عارية الدراهم قرضُها، فلو كانت إباحة لم يصر قرضًا، كمن قال: "أبحتك هذه [١٠٥ظ] الدراهم". ولأن المنافع تُملَك تارة بعوض وتارة بغير عوض، كما أن الأعيان تملك تارة بعوض وتارة بغير عوض، فإذا كان في الأعيان تمليك في الوجهين كذلك في المنافع. ومن أصحابنا من قال: هي إباحة المنافع؛ بدلالة أنه ليس للمستعير أن يؤجر ولو كان قد ملك لجاز أن يؤجر كالمستأجر. **والجواب**: أن المعير أوجب الحق على وجه لا ينقطع حقه عن المنافع بالرجوع، فلو جوزنا الإجارة لم يملك الرجوع، وهذا لا يصح. وقد قال أبو الحسن: «العارية أمانة، ومنافعها مباحة غير مملوكة» فيجوز أن يكون أراد بها غير مملوكة، كما تملك في الإجارات. وكان شيخنا يقول: «هي تمليك فيه معنى الإباحة».

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٣/٤٤.

[ماذا يكتب إذا أعار أرضًا بيضاء]

[٤٤٤.] **مسألة** وقد قال في **الجامع الصغير** عن أبي حنيفة: «إذا أعار أرضًا بيضاء[١] كتب "أطعمتني" وقالا: يكتب "أعرتني"».[٢] وهذا اختلاف عبارة.

لأبي حنيفة: أن عارية الأرض يراد للطعام الذي يتولد منها، فيجوز أن يسمى العقد بذلك، كما يقال للنخل: المِطْعام. **وهما يقولان**: لأن تسمية العقد باسمه أَولى. ولأن الطعام يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فتسميته بالعارية الموجودة في الحال أَولى.

* * *

١ أي: ملساء، لا نبت فيها. انظر: **لسان العرب**، «بيض».

٢ **الجامع الصغير**، ٤٣٤.

كتاب الوديعة

[ضمان المودَع إذا سافر]

[٤٤٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا سافر المودَع بالوديعة لم يضمن. وقال أبو يوسف: إن كان لها حمل ومؤونة يضمن استحسانًا. قال هشام سألت محمدًا عن رجل أودع رجلًا وديعة وهو مقيم في مصر، فأراد المودع سفرًا. قال: إن كانت الوديعة مما لها حمل ومؤونة فحمَلَها فهو ضامن إذا عطبت.[١]

لأبي حنيفة: أن المودع يلزمه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مالَه، وهو يحفظ ماله في الحضر والسفر، كذلك الوديعة. ولأنه لا يخلو إما أن يمتنع من السفر أو يسافر بها[٢] أو يودعها، ولا يجوز ترك السفر؛ لأن المودَع لا يلتزم حفظ الوديعة على أن يترك السفر والتصرف، ولا يجوز إيداعه؛ لأن ذلك يتعلق به الضمان، ولا يجوز الاستئجار لها؛ لأن ذلك التزام مؤونة، ولم يلتزمها، [١٠٦و] فلم يبق إلا السفر. ولا يجوز اعتبار الخطر في السفر؛ لأن هذا موجود فيما لا حمل له.

لهما: أن ما له حمل ومؤونة يجوز أن يموت المودَع فيلزم المالك أجرة الرد، وهذه مؤونة لم يرض بالتزامها، فلم يجز إلزامه إياها. وليس كذلك ما لا حمل له، لأنه لا يلزمه مؤونة برده، فلذلك جاز أن يسافر به.

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١١/٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٩و.

٢ حرف الراء من يسافر وكلمة بها موضعهما طمس في المخطوط.

[خلط المودع الوديعة بماله]

[٤٤٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا خلط المودَع الوديعة بمالِه ملكها وضمن. وقالا: للمالك اختيار الضمان، وله المشاركة.[1]

لأبي حنيفة: أنه عجز بالخلط عن تسليم العين فصار كالاستهلاك. **ولا يلزم**: إذا خرق الثوب أو صبغه؛ لأن العين باقية لم يعجز عن تسليمها. ولأن للمالك حق التضمين مع بقاء العين من غير نقص دخلها، فلولا زوال الملك لم يثبت له الضمان. وليس كذلك إذا خرق الثوب أو صبغه؛ لأن الضمان يثبت للنقص الحاصل فيه. **لهما**: أن العين باقية بحالها، وإنما دخلها عيب بالشركة، فصار كسائر العيوب.

[تضمين الصبي المودَع]

[٤٤٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أودع صبيًا فأتلفها فلا ضمان عليه. وقال أبو يوسف: هو ضامن.[2]

لهما: أن الصبي من عادته الإتلاف، فإذا مكَّنه من المال مع علمه بذلك صار إباحة، وهذا المعنى يثبت من غير تصريح، كمن قدَّم طعامًا إلى غيره. وليس كذلك إذا أودع عبدًا فقتله؛ لأنه لا عادة للصبيان في القتل، فلم يكن تسليمه إباحة لقتله. ولأنه لا يملك إباحة القتل، فلم يجز أن يجعل تمكينه في معنى الإباحة التي لا يملكها. ولأن الدفع إلى الصبي مضمون على الدافع، بدلالة أنه استعمال له في ذلك الشيء. ولأنه لو دفع السكين فوقع عليها ضمن، فإذا كان الدفع مضمونًا فلو كان له تضمين الصبي لكان لوليه أن يرجع عليه، فلا معنى لإيجاب الضمان. وليس كذلك إذا أودعه

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٣٤/٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٩ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٤٣٥/٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٨٠ظ.

عبدًا فقتله؛ لأن العبد محفوظ بنفسه، فلم يكن مستعملًا للصبي في حفظه. ولأن الذي يجب بقتله لا يلزم الصبي، وإنما يلزم العاقلة، فلم يكن في إيجاب الضمان إسقاطه.

لأبي يوسف: أن قبول الصبي الوديعة لا يصح، فصار كأنه لم يقبل حتى أتلف. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأنه لو لحقه ضمان في الوديعة [١٠٦ظ] لرجع على المودع، فدل على أنه لم يجعل كأنه لم يقبل.

وعلى هذا الخلاف: إذا أودع عبدًا محجورًا وديعةً، فاستهلكها [ضمن]؛ لأنه مستعمل للعبد في حفظ الوديعة، فلو لزمه ضمان لرجع مولاه به عليه. **إلا أنهما قالا في العبد**: يضمن بعد العتق، ولا يضمن الصبي بحال، لأن العبد يلزمه الحفظ في حق نفسه وإن لم يلزم في حق مولاه، فلذلك رجع عليه بعد الحرية، والصبي لا يلزمه الحفظ بحال فلا يرجع عليه. **لأبي يوسف**: أن العبد لا يملك قبول الوديعة في حق مولاه، فكأنه لم يقبل حتى أتلف.

[تضمين العبد المودَع]

[٤٤٨.] **مسألة** قال في **الجامع الكبير**: إذا أودع الحر عبدًا محجورًا عليه ألفًا، فأودعها العبدُ عبدًا محجورًا عليه، فهلكت: لم يكن للمولى أن يضمّن واحدًا منهما في الحال. وقال أبو يوسف: يضمّن أيَّهما شاء. وقال محمد: يُضمّن الثاني في الحال، ولا يضمن الأول حتى يعتق.

أما أبو حنيفة ومحمد: فأسقطا الضمان عن العبد الأول على أصلهما: أن تسليم الحر المال إليه تسليط وخيانة. **وأما أبو يوسف** فعنده: أن قبوله للوديعة لا يصح، فكأنه أخذ المال بغير إيداع.

وأما الثاني فعلى أصل أبي حنيفة: أن مودَع المودَع لا ضمان عليه. **وعند محمد**: مودَع المودَع يضمن. فإن كان العبد الثاني أودعها عبدًا محجورًا عليه فهلكت فليس

للحر أن يضمِّن واحدًا منهم في الحال. **أما الأول**: فلأن تسليم المال إليه خيانة، وأما الثاني والثالث فكل واحد منهما مودَع المودَع. **وعلى قول أبي يوسف**: له أن يضمِّن أيَّ الثلاثة شاء. **وعلى قول محمد**: لا يضمن الأول، وله تضمين الثاني أو الثالث في الحال؛ لأن من أصله أن مودَع المودَع يضمن.

[أودع رجلان وديعة]

[٤٤٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أودع رجلان وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يسلم إليه حتى يحضر شريكه. وقال أبو يوسف: يدفع إليه نصيبه استحسانًا إذا كانت مما يكال أو يوزن، ولا يكون قسمته جائزة. [١٠٧و] قال محمد: قول أبي حنيفة أقيس، وقول أبي يوسف أوسع.[١]

لأبي حنيفة: أن المودع لا يخلو: إما أن يسلم نصفه مشتركًا، أو يسلم إليه نصفه خاصة. ولا يجوز أن يكون نصيبه خاصة؛ لأنه لا يملك القسمة في حق الغائب، ألا ترى أنه أقامه مقام نفسه في الحفظ دون غيره، فلم يبق إلا منع التسليم. ولا يجوز اعتبار فعل الحاكم؛ لأنه لا يملك التصرف في حق الغائب إلا فيما يخشى عليه التوى والتلف، فأما في القسمة فلا. **ولا يلزم عليه**: الدين المشترك إذا حضر أحد الشريكين؛ لأن الذي في ذمته الدينُ يسلِّم مال نفسه، وله أن يملِّك مالَه مَنْ شاء، فلم يقع التسليم في مال مشترك، فلم يصح.

لأبي يوسف: أن تأخير نصيب الحاضر إلحاق ضرر به لأجل الغائب، ومتى دفع إليه نصيبه على شرط السلامة لم يكن فيه إلحاق ضرر بالغائب، فكان ذلك أولى. ولأن ما قال أبو حنيفة يؤدي إلى أن الوديعة متى كانت عشرة آلاف فحضر أحد المودِعَين أن يُمنع حتى يسأل الناس، مع كونه مالكًا لمال حاضر، وهذا قبيح.

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١٤/٤، ٢١٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٣٧٩ظ.

[٤٥٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أودع عند رجلين وديعة مما ينقسم فسلَّم أحدهما إلى الآخر ضمن. وقالا: لا ضمان.[١]

لأبي حنيفة: أن المالك رضي بحفظهما، ولم يرض بحفظ أحدهما، ويمكن كل واحد منهما أن يحفظ على الوجه المأمور به، فصار تسليم أحدهما إلى الآخر كتسليمه إلى أجنبي. ولأن قبول الوديعة لا يكون بعضه شرطًا في بعض، فكأنه أودع عند كل واحد منهما النصف. **ولا يلزم**: إذا كانت الوديعة لا تنقسم؛ لأن القياس فيها ما ذكرنا، وإنما استحسن لأن حفظهما على الاجتماع لا يمكن، ألا ترى أنه قد عَلِم أن المودَعَين لا يجتمعان في الجلوس عند الدابة أبدًا، وقسمتها لا يمكن، فلم يبق إلا أن يسلمها أحدهما إلى الآخر.

لهما: أن المالك رضي بحفظ كل واحد منهما وأمانته في جميع الوديعة، فلم يضمن بالتسليم إليه، كالعبد.

[تضمين المودَع ومودَع المودَع]

[٤٥١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أودع المودَع الوديعة فللمالك أن يضمن الأول، وليس له أن يضمن الثاني. وقالا: له أن يضمن [١٠٧ظ] أيَّهما شاء.

لأبي حنيفة: أنه مودَع لمؤتمن في الحفظ فصار كمودع الوصي. ولأن الضمان لا يجب على الأول إلا بقبض الثاني؛ ألا ترى أن أخذ الوديعة بيده ونقلها لا يتعلق به ضمان، والقبض الواحد لا يتعلق به ضمان على اثنين في كل المقبوض؛ ألا ترى أن الضمان سبب للتمليك كالعقد، فكما لا يجوز أن يتعلق بالعقد الواحد تمليك لاثنين في عين واحدة لكل واحد منهما في جميعها فكذلك القبض، وقد أجمعوا على وجوب الضمان على الأول فانتفى عن الثاني.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٣٨٠و.

ولا يلزم عليه: الغاصب وغاصب الغاصب؛ لأن كل واحد منهما حصل من جهته قبض يتعلق به الضمان، فصار كالعقدين. **ولا يلزم على هذا**: الوكيل بالشراء أنه يلزمه ضمان الثمن للبائع بالعقد، ويجب له ضمان الثمن على الموكل؛ وذلك لأن البائع يثبت له الضمان بالعقد، لانتقال الملك إلى الوكيل، ويثبت للوكيل الضمان بانتقال الملك من جهته إلى الموكل بالأمر الأول، وهذا سبب غير السبب الذي يثبت به الضمان الأول. **ولا يلزم**: المودع إذا وهب الوديعة أو أعارها؛ لأن المودَع يضمن بإيجاب الحق في ملك الغير على وجه لم يرض به، ويضمن الموهوب له بإمساك الشيء لنفسه لا بالقبض؛ ألا ترى أنه لو ضمن بالقبض لرجع به كالمودع. **ولا يلزم**: الوكيل بالسلم في شيء إذا أسلم في غيره؛ لأن الضمان يجب عليه بتسليم المال على غير الوجه الذي أذن فيه المالك، فإيجاب حق فيه لم يرض به، ويضمن المسلم إليه؛ لأنه أمسك العين لنفسه. **ولا يلزم عليه**: رجل أكره رجلًا على تسليم ماله إلى آخر؛ لأن المكرِه يلزمه الضمان بانتقال فعل المكرَه [له]، فيصير كالآخذ للمال، ويلزم للآخر الضمان بالتسليم. **ولا يلزم على هذا**: القصَّار يسلم الثوب إلى غير صاحبه؛ لأنه يضمن بالتسليم، ويضمن الآخر بإمساكه الثوب لنفسه.

لهما: أن المودع تعدى بالتسليم، فصار كالغاصب وغاصب الغاصب.

[اليمين في الإقرار بالوديعة]

[٤٥٢.] **مسألة** روى ابن سماعة [١٠٨و] عن محمد أن من أقر بوديعة لأحد رجلين: حلف لهما يمينًا واحدة، ذكره الخصاف. وقال الطحاوي: يحلف لكل واحد منهما على الانفراد، ويبتدئ القاضي بأيهما شاء، ويقرع بينهما.[١]

وجه رواية ابن سماعة: أنهما قد تساويا في الإقرار، ولكل واحد منهما حق في

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٤/٢١٧.

النكول، فلو استحلف لأحدهما جاز أن ينكل فيستحق العين ويسقط حق الآخر عنها، وهذا لا يصح. **وجه ما قاله الطحاوي**: أنا لو استحلفناه في هذا العبد لهما استحلفناه على ما نعلم كذبه فيه؛ لأنه أقر لأحدهما فوجب إفرادهما باليمين، فإن تشاحَّا في التقديم أقرع بينهما. وهذا الذي قاله الطحاوي: موجود إذا استحلف لأحدهما بعد الآخر؛ لأنا نستحلفه على ما نعلم كذبه فيه.

[التضمين في جحود الوديعة]

[٤٥٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه صاحبها ضمن، وإن جحدها مع غيبته لم يضمن. وقال زفر والحسن: يضمن.

لأبي يوسف: أن الجحود يتعلق به الضمان؛ لأنه منع المالك عن ملكه عند مطالبته به، والأجنبي لا يستحق المطالبة، فلم يتعلق بجحوده حكم. ولأن المودَع ليس بمأمور بالاعتراف عند جميع الناس، فإذا لم يلزمه الاعتراف لم يضمن بالجحود. **لهما**: أن المودَع إذا جحد حكمنا له بحكم الملك في العين، فاستحق عليه الضمان، وهذا المعنى موجود مع غيبة المالك. ولأن ما تعلق به الضمان بحضرة المالك تعلق به مع غيبته، كالاستهلاك.

* * *

كتاب السير

[من يصح أمانه ومن لا يصح]

[٤٥٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا يصح أمان العبد إلا أن يأذن له المولى في القتال. وقالا: يصح أمانه. وعن أبي يوسف في **الإملاء** مثل قول أبي حنيفة.[١]

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل، ٧٥/١٦] وهذه نكرة موصوفة فيعم الجنس. فلو قلنا: "إن العبد يصح أمانه" كان قادرًا على الأمان. ولأنه عقد من العقود، فلا يملكه العبد بنفسه كسائر العقود. ولأنه مُنِع من سائر العقود لحق المولى، والأمان إسقاط لحق المولى وحق جميع المسلمين، فهو أولى أن لا يملكه. **لهما**: قوله عليه السلام: «ويسعى بذمتهم [١٠٨ظ] أدناهم».[٢] وروي أن عمر كُتِب إليه في أمان عبد فأجازه.[٣] ولأن من جاز أمانه إذا قاتل جاز وإن لم يقاتل كالحر.

وأما المراهق والمختلط العقل فلا يجوز أمانهما عند أبي حنيفة. وقال محمد في **السير الكبير**: يجوز أمانهما.

لأبي حنيفة: أنه إسقاط حق فلا يصح من الصبي كالبراءة. ولأنه عقد من العقود فلا يملكه الصبي بنفسه كسائر العقود. **لمحمد**: قوله عليه السلام: «ويسعى بذمتهم أدناهم»، ولأنه يصح إسلامه فصح أمانه، كالبالغ.

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٩٤/٧.

٢ **مصنف عبد الرزاق**، ٩٩/١٠ (١٨٥٠٦)؛ **مسند أحمد**، ٢٨٦/٢ (٩٩٣).

٣ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٠٥/١٨ (٣٤٠٧٥).

[سهم الفارس والراجل]

[٤٥٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: يضرب للفارس بسهمين، وللراجل بسهم. وقالا: للفارس ثلاثة أسهم.[١]

لأبي حنيفة: ما روى المعلَّى عن محمد عن عبيد الله[٢] بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه عليه السلام قسم للفارس سهمين، وللراجل سهمًا.[٣] وروى محمد بن مجمع بن يعقوب بن محمد عن أبيه عن جده قال: «شهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه فكانت سهام خيبر على ثمانية عشر سهمًا، وكانت الخيل ثلاثمئة فرس، فأعطى النبي صلى الله عليه الفارس سهمًا ولفرسه سهمًا».[٤] ولأنه حيوان يستحق به جزء من المغنم، فلم يزد على سهم مالكه كالعبد.

لهما: حديث ابن عمر أنه عليه السلام جعل للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمًا.[٥] وهذا لا دلالة فيه؛ لأنه يحتمل أن يكون على طريق النفل، كما روي أنه أعطى سلمة بن الأكوع سهم الفارس وكان راجلًا،[٦] وأعطى الزبير أربعة أسهم،[٧] وأعطى أبا موسى وأصحابه من غنائم خيبر وإنما جاء بعد الفتح.[٨] وأما خبر سعيد بن داود عن مالك عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد عن زيد بن ثابت أنه عليه السلام أعطى الزبير يوم خيبر أربعة

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٢٠/٧، ١٢١.

٢ في الهامش: هو عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عبد الله بن عمر.

٣ انظر: **الآثار** لأبي يوسف، ١٧١ (٧٩٠)؛ **صحيح مسلم**، ١٣٨٣/٣ (١٧٦٢).

٤ انظر: **معرفة السنن**، ٢٤٨/٩ (١٣٠٢٩).

٥ **سنن الدارمي**، ١٦٠٧/٣ (٢٥١٥)؛ **سنن ابن ماجة**، ١٣٠/٣ (٢٨٥٤).

٦ انظر: **صحيح ابن حبان**، ١٤١/١٦ (٧١٧٥).

٧ انظر: **سنن النسائي**، ٢٢٨/٦ (٣٥٩٣).

٨ انظر: **مصنف ابن أبي شيبة**، ٤٧/١٨ (٣٣٨٩٦).

أسهم سهمًا له مع المسلمين، وسهيمن لفرسه، وسهمًا لذي القربى فقد قال الطحاوي: «إنه منكر ما رواه سعيد بن داود، وأصحاب الحديث لا يثبتون روايته عن مالك». قال الطحاوي: «وقد روى هذا الحديث إسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده قال: «ضرب رسول الله صلى الله عليه [١٠٩و] للزبير يوم خيبر بأربعة أسهم» وإسماعيل بن عياش متهم لا يقبل روايته بعض أصحاب الحديث، ومنهم من يقبلها عن الشاميين خاصة وهذا الحديث خارج عن حديث [...][1] الشاميين». ولا يجوز اعتبار كثرة مؤنة الفرس؛ لأن هذا يبطل بالبغل والراحلة.

[ما يسهم له من الخيل]

[٤٥٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا يسهم إلا لفرس واحد. وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين.[2]

لهما: أن الحاجة في القتال تدعو إلى فرس واحد، وما زاد عليه لا تدعو إليه الحاجة، فصار كالفرس الثالث. ولأن القياس ينفي الاستحقاق بالفرس؛ لأنه من آلة القتال كالسيف والرمح، وإنما تركوا القياس في الواحد للخبر فما سواه على أصله. **لأبي يوسف**: ما روي أنه عليه السلام أعطى لفرسين، ولأن الفرس الثاني يحتاج إليه جنيبة كالأول.

[سهم من دخل راجلًا ثم اشترى فرسًا]

[٤٥٧.] **مسألة** المشهور عنهم: أن من دخل راجلًا ثم اشترى فرسًا أنه يضرب له بسهم راجل. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة: أنه يضرب له سهم فارس، وبه قال ابن زياد.[3]

---

١ موضع كلمة لم أتبين قراءتها في المخطوط، وصورتها: 

٢ انظر: **الأصل**، ٤٣٩/٧؛ **السير الصغير**، ١١٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٢٦/٧، ١٢٧.

٣ انظر: **الأصل**، ٤٤٠/٧؛ **السير الصغير**، ١١٣؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٢٧/٧، ١٢٨.

وجه الرواية الأولى: أن سبب الاستحقاق يقع بدخول دار الحرب؛ لأنه أول أحوال الغلبة، ولأن الرعب يحصل بذلك، فمتى حصل في تلك الحال راجلًا لم يعتبر ما بعد ذلك، كمن اشترى فرسًا بعد الوقعة. **وجه الرواية الأخرى**: أنه لو دخل فارسًا فنفق فرسه استحق سهم الفارس وإن لم يقاتل فارسًا، فإذا قاتل على فرس أولى.

فأما إذا باعه فالمشهور أن سهمه يسقط؛ لأنه اختار إسقاط حقه بالبيع قبل استقرار نصيبه في الغنيمة، وهو يملك ذلك. وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن باع فرسه أو آجره: أنه يستحق سهم الفارس؛ لأن سبب الاستحقاق حصل وهو فارس، فصار كما لو باعه بعد الوقعة.

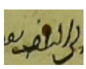
[الاختيار بين قتل نفسه وقتل الكفار له]

[٤٥٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا طرح الكفار النار في المركب، وغلب على ظن الراكب أنهم إن بقوا هلكوا، وإن طرحوا نفوسهم في الماء هلكوا: فلهم اختيار أيسر الأمرين. وقال محمد: ليس لهم طرح نفوسهم في الماء إلا أن يبلغ النار إليهم. وإن كانوا [١٠٩ظ] يرجون الخلاص بالطرح جاز في قولهم.

لهما: أنه مدفوع إلى [...][١] بفعل المشرك؛ لأن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، فيصير كأنه الفاعل له. ولأنه له فائدة في اختيار أسهل القتلين، فصار كمن قال له المشركون: "اختر القتل بأحد الأمرين" كان له اختيار أيسرهما، وكذلك لو قالوا له: "لنقتلنك أو لنقطعن يدك" كان له أن يفعل ذلك؛ لأنه أيسر. ولو قالوا له: "لنقتلنك أو لتقتلن نفسك" لم يجز؛ لأنه ليس أحدهما أيسر من الآخر.

لمحمد: أنه إذا بقي فالموت يحصل بفعل الكفار، وإذا طرح نفسه في الماء

---

١ موضع كلمة لم أهتد إليه في المخطوط، وصورته: 

فالموت يحصل بسبب من جهته، والإنسان لا يجوز له أن يتولى قتل نفسه وإن كان مكرهًا. ولأنه لا يقتل غيره بإكراه؛ فلأن لا يقتل نفسه أَوْلى.

ولو طعن الكافر المسلم بالرمح فأراد أن يمشي إلى الحربي ليضربه والرمح فيه قال في بعض المواضع: يكره له ذلك. وقال في بعض المواضع: لا بأس به.

[موضع قسمة الغنائم]

[٤٥٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا تقسم الغنائم في دار الحرب. وقال أبو يوسف: أحبُّ إليَّ أن لا يقسمها، فإن لم يجد حمولة فلا بأس.[١]

لهما: ما روي أنه عليه السلام قسم غنائم بدر بالمدينة،[٢] ولا يعارض هذا ما روي أنه عليه السلام قسم غنائم خيبر بها؛ لأنها فتحت فصارت دار الإسلام. ولأن الغنائم لا يستقر الحق فيها إلا بالحيازة، فلم تجب القسمة قبل استقرار الحق. ولأن حق المدد يثبت في الغنيمة عندنا، وفي القسمة إسقاط حقهم فلم يجز ذلك.

لأبي يوسف: أن الإمام إذا لم يجد حمولة لو لم يقسم أدى إلى ترك الغنائم وتضييعها فكانت القسمة أَوْلى. وهذا الذي قاله أبو يوسف يجوز أن يكون قولهم، ويجوز أن يقال: إن الإمام يُفرِّقها بغير قسمة ثم يسترجعها في دار الإسلام ويقسمها.

[عبد أبق إلى دار الحرب فأسر]

[٤٦٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أبق العبد إلى دار الحرب فأسروه، ثم ظهر المسلمون عليه: أخذه مولاه قبل القسمة وبعدها بغير شيء. وقالا: يأخذه بعد القسمة بالقيمة كسائر الأموال.[٣] [١١٠و]

---

١ انظر: **الأصل**، ٤٣٢/٧؛ **السير الصغير**، ١٠٩.

٢ **مسند أبي حنيفة**، ٤٠٠ (٣٢٤).

٣ انظر: **الأصل**، ٥٣٢/٧؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٤٢/٧.

لأبي حنيفة: أن العبد مادام في دار الإسلام فحكم يد المولى ثابتة عليه؛ ولهذا لو وهبه لابنه الصغير جاز، فإذا فارق دار الإسلام إلى أول جزء من أجزاء دار الحرب زالت يد المولى؛ لاستحالة ثبوت يده في دار أخرى؛ ولهذا لو وهبه لابنه الصغير لم يجز؛ ولهذا لو أبق عبد الحربي فصار في أول جزء من أجزاء دار الإسلام عتق؛ لزوال يد مولاه عنه وحصوله في يد نفسه، وإذا أخذوه من يد نفسه لم يملكوه كالمكاتب. ولأن الأخذ من يد لا يتعلق بها حكم التمليك، فصار كما لو اشترى من العبد أو استوهب. **ولا يلزم على ما ذكرنا**: الدابة إذا نفرت إليهم فأخذوها؛ لأن يد المالك لما زالت عنها ولم تكن لها في نفسها يد سبقت بزوال المالك يدَ الكافر فلذلك جاز أن يقع لهم الملك، والعبد يحصل في يد نفسه فيصير واسطة بين المالك ويدهم. **ولا يلزم**: إذا أسروه من دار الإسلام؛ لأنه مأخوذ من يد المالك. **ولا يقال**: إن الملك لا يحصل بالأخذ حتى توجد الحيازة؛ لأنه يخرج من دار الإسلام وهو في يدهم، ولا يحصل في يد نفسه. ولأن يد المولى زالت عنه بسبب لا يزول به الملك إلى مالك، فأشبه الكتابة.

لهما: أن العبد مال يجوز تمليكه كالدابة. ولأنه لما جاز أن يملك بالقهر إذا كان الأخذ ابتداء من دار الإسلام، فكذلك إذا أخذ من دار الحرب كالدابة.

[اشترى رجل من الحربي مالَ مسلم]

[٤٦١.] **مسألة** قال في **الجامع الصغير**: إذا اشترى رجل من الحربي مالَ مسلم فلمولاه أن يأخذه بما اشتراه، فإن وهبه أو تصرف فيه جاز تصرفه، وكان لمالكه أن يأخذ ممن حصل في يده بقيمته إن كان وهبه، وبثمنه إن كان اشتراه. وروى ابن سماعة عن محمد: أن للمالك الأول فسخ تصرفه ورده إلى المشتري من أهل الحرب، وأخذه بالثمن الذي أعطى. وعن أبي يوسف مثله.

لأبي حنيفة: أن حق المالك ليس بسابق لحق المشتري؛ بدلالة أنه لا يملك فسخ ملكه حتى يأخذه على حكم ملك أهل الحرب بحال، وإذا لم يسبق حقه لم يجز [١١٠ظ] له فسخ تصرفه. وليس كذلك الشفيع؛ لأن حقه سابق؛ بدلالة أنه يملك فسخ ملك المشتري بحال حتى يأخذه من ملك البائع. ولأنه لو ملك فسخ تصرف المالك لملك فسخ ملك الغنائم بعد القسمة، حتى يرده إلى أصل المغنم فيأخذه بغير شيء، فلما لم يملك دلَّ على أن حقه يتعلق به حيث وجده.

لمحمد: أن حقه متعلق بسبب سابق فصار كالشفيع، ولأن تصرف المشتري حصل مع ثبوت حق الغير فصار كتصرف الراهن.

فصل

[٤٦٢.] [......][١] ولو لم يبعه ولكن قطعت يده، وأخذ الأرش فلا سبيل لمولاه على الأرش، ويأخذه بقيمته يوم وقع في سهمه. وقال محمد: بقيمته، ويحط عنه الأرش.

لأبي يوسف: أن الأرش لا يقع فيه هذا، كما لو قتل العبد فأخذت قيمته، وإذا سقط أخذ الأرش فقد فاتت التوابع، وفوات التوابع لا يُسقِط شيئًا من الثمن. **لمحمد**: أن المولى يأخذ كما يأخذ الشفيع، ومعلوم أن مستهلكًا لو أتلف بناء الدار حط عن الشفيع كذلك هذا.

فإن قتلت الأم وقد ولدت أخذ المولى الولد بجميع قيمة الأم في قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول -وهو قول محمد- يأخذه بحصته.

---

١ وهذا الموضع ينبغي أن يكون فيه سقط بحسب السياق، ولعل تقديره يفسره ما ذكره في **الأصل**: «ولو أن رجلاً قطع يد هذه الجارية، وأخذ مولاها الأرش منه، ثم جاء المولى الذي كان المشركون أصابوها منه فأراد أن يأخذها، وأن يحط عنه من الثمن بحساب ذلك، فإنه لا يحط عنه شيء، ويأخذها إن شاء بجميع الثمن أو يترك». **الأصل**، ٥٣٢/٧؛ **السير الصغير**، ٢٥١.

لأبي يوسف: أن الولد في حكم جزء من أجزاء الأم، ولو بقي منها جزء أخذه بكل الثمن، ولأن المشتري لو استهلك الولد أخذ المولى الجارية بجميع القيمة كذلك إذا استهلك الأم؛ لأن في سائر العقود يستوي استهلاك الأم والولد.

لمحمد: أن النماء إذا بقي إلى يوم الفكاك صار في الحكم كالموجود وقت العقد، واتفقوا أن الولد لو كان موجودًا في الابتداء فاشتراهما، ثم قتلت الأم سقطت حصتها، كذلك هذا. ولأنا لو قلنا: "يأخذ بالكل" صار البيع متنوعًا وهذا لا يجوز، وهذا القول هو القياس.

[دار الإسلام ودار الحرب]

[٤٦٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا غلب الكفار على بلد من بلدان المسلمين لم يصر دار الحرب حتى يجري فيه أحكام أهل الشرك، ولا يبقى فيه مسلم ولا ذمي [١١١و] آمن على نفسه، ويكون مصاقبًا[١] لدار الحرب. وقالا: يعتبر جريان الأحكام خاصة.[٢]

فأما اعتبار كون مسلم أو ذمي آمن: فلأن الدار كانت دار إسلام بشرائط، فما بقي بعضها لم يزل عنها حكم الإسلام، كالصغير لما ثبت له حكم الإسلام بأبويه لم يزل ذلك عنه بردة أحدهما؛ لبقاء الآخر، ولا بردتهما لبقاء حكم الدار، فإن لحقا بدار الحرب زال حكم الإسلام عنه؛ لأنه لم يبق ما حُكِم بالإسلام لأجله في الأصل. ولأن جريان الأحكام معتبر باتفاق، ومن أحكام دار الحرب أن لا يبقى فيها مسلم آمن بغير أمان، فلما بقي دل على أن الأحكام لم تَجْرِ.

وأما اعتبار المتاخمة: فمن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة أجاب على عادة زمانه

---

١ وهي القرب والدنو. **تهذيب اللغة**، «صقب»

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١٥/٧-٢١٧.

في اجتماع المسلمين على الجهاد، وتظافرهم على العدو، واهتمام الولاة بالجهاد، فإذا كان البلد في وسط دار الإسلام لم يجز أن يستقر المشرك فيه مع إحاطة المسلمين، وإذا لم يستقروا فيه لم يحكم له بحكم دار الكفر، كما لو نزل فيه عسكرهم من البلاد. وأما إذا تاخمهم فإن المدد يلحق بهم، فيجوز أن يستقروا فيه فيحكم لهم بحكم الكفر. **قال هذا القائل**: فأما الآن فقد قعد المسلمون عن الجهاد وضعفوا، ورغب السلطان عنه، فيجوز أن يصير البلد دار حرب وإن كان هو وسط دار الإسلام.

لهما: أن دار الإسلام يثبت لها هذا الحكم بظهور الإسلام وجريان أحكامه، ودار الحرب بخلاف ذلك؛ لجريان أحكام الكفر وإن كان فيها مسلم، فإذا حصل هذا المعنى في بلد آخر حكم له بحكمها.

[قتل المرتدة]

[٤٦٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا تقتل المرتدة. وكان أبو يوسف يقول: "تقتل" ثم رجع.[١]

لهما: ما روي أن النبي صلى الله عليه نهى عن قتل النساء والولدان. ولأن كفرها لا يؤثر في حكم ملكها، فلم يجز قتلها كالذمي. ولأن المرتدة ليست من أهل القتال، ولا يستعان برأيها، فلم يجز [١١١ظ] قتلها بسبب كفرها، كالحربية. **لأبي يوسف**: قوله عليه السلام: «من بدَّل دينه فاقتلوه».[٢]

[أسلم في دار الحرب فقتله مسلم خطأ]

[٤٦٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أسلم رجل في دار الحرب فقتله مسلم خطأ فليس عليه إلا الكفارة. وروى بشر عن أبي يوسف: أن عليه الدية استحسانًا.[٣]

١ انظر: **السير الصغير**، ١٢؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢١/٦.

٢ **صحيح البخاري**، ٦١/٤ (٣٠١٧)؛ **سنن أبي داود**، ١٢٦/٤ (٤٣٥١).

٣ انظر: **الجامع الصغير**، ٤٩٤؛

قال: ولو وقع في بئر حفرها أو وقع عليه ميزابٌ عمله لم يكن عليه شيء. وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في قوم أسلموا فقتل رجل منهم رجلًا: أن لا دية على القاتل ولا كفارة. وقال أبو يوسف: عليه في الخطأ كفارة.

لهما: قوله تعالى: ﴿فَإِن[1] كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [النساء، ٩٢/٤] الآية فلم يوجب غير الكفارة، وقوله عليه السلام: «أنا بريء من كل مسلم أقام بين ظهراني أهل الشرك»[2] وبراءتُه تنفي تقويم دمه. ولأنه لم يحرز دمه بالدار كالحربي. **لأبي يوسف**: أنه مَحْقُون الدم لأجل إسلامه، وكونُه في دار الحرب لا ينفي تقويم دمه، كالتاجر. وليس في القتل مباشر كحفر البئر؛ لأن الحفر سبب فيعتبر فيه التعدي. ومن حفر بئرًا في دار الحرب فليس بمتعدٍّ، فصار كمن حفر في ملكه في دار الإسلام.

وقد قال أبو حنيفة: لو ظهر المسلمون على الدار كان ما في يده، أو وديعة في يد مسلم أو ذمي له، وما في يد حربي فيءٌ، وأراضيه فيءٌ. وقال أبو يوسف: أراضيه ودوره له. ولو كان له مال غصبه إياه مسلم أو ذمي أو وديعة في يد حربي أو غصبا صار فيئًا عند أبي حنيفة. وروي عن أبي يوسف ومحمد: أن لا يصير فيئًا إلا إذا غصبه الحربي. ذكر قول محمد في **السير الكبير** وقول أبي يوسف في **الأمالي**.[3]

أما ما كان في يده: فلأن يده ثابتة عليه، فلم يجز نقل الملك من يد المسلم بالغلبة كالتاجر. ولأن يده ثابتة على ملكه كدار الإسلام. **وأما ما أودعه عند مسلم أو ذمي**: فهو له؛ لأن يد هؤلاء صحيحة، ويد المودَع لمودِعه، فكأن ذلك في يده. **وأما ما كان في يد حربي**: فيدُه [١١٢و] ليست صحيحة بدلالة استباحة ما فيها، كما في الصحراء.

---

١ في الأصل: وإن.

٢ **المعجم الكبير**، ٣٠٣/٢ (٢٢٦٤).

٣ انظر: **الأصل**، ٤٧٥/٧؛ **السير الصغير**، ١٤٠.

وأما عقاره: فهو من جملة دار الحرب كسائرها. ولأن ذلك الموضع لا يجوز أن يكون دار إسلام؛ لأن هذا الحكم لا يتبعض، فلم يبق إلا أن يكون دار حرب فيكون غنيمة. وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة :أن العقار لا يثبت عليه يد صحيحة، فصار كالمال الذي ليس في يده.

لأبي يوسف: قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه».[١] ولأن يده ثابتة على أراضيه، فصار كالمال الذي في يده. وأما إذا خرج إلى دار الإسلام فأسلم: فجميع ماله في دار الحرب فيء، وأولاده الصغار فيء؛ لأن الولد الصغير يتبع أباه في الحكم، واختلاف الدارين يوجب انقطاع العصمة، فلم يتبعوه وبقوا على حكم دار الحرب، كسائر أولاد أهل الحرب، فكذلك أمواله خارجةٌ من يده؛ لاختلاف الدارين، والحظر إنما يكون بالحيازة.

[قتل الأسير في دار الحرب]

[٤٦٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قُتل الأسير في دار الحرب لم يكن على القاتل إلا الكفارة في الخطأ. وقالا: عليه الدية في العمد والخطأ.[٢]

لأبي حنيفة: أنه مقهور في أيديهم، ممنوع من الخروج إلى دارنا، كمن أسلم هناك. ولأن أيديهم ثابتة عليه فصار كما لو أحرزوه من أموال المسلمين. ولأن الدم يتعلق به الاستحقاق، بدلالة ما يثبت للولي في دم القاتل، وما يتعلق به الاستحقاق يجوز أن يثبت للحربي فيه حكم الملك كالأموال، وإذا صار في حكم ملكهم يضمن. **لهما**: أن الأسير قد أحرز ذمة بدار الإسلام كالتاجر.

---

١ **سنن الدارقطني**، ٤٢٤/٣ (٢٨٨٥).

٢ انظر: **الجامع الصغير**، ٣١٥-٣١٧.

[فداء أسرى المسلمين بأسرى الكفار]

[٤٦٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا يفادى أسرى المسلمين بأسرى الكفار. وقالا: يجوز.[١]

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ﴾ [التوبة، ٥/٩] الآية، وهذا ينفي وجوب المفاداة. وقد تضمنت هذه الآية الأسرى؛ بدلالة قوله: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ [١١٢ظ] فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمۡ﴾ [التوبة، ٥/٩]. ولأن في ذلك إعانة الكفار لِما يختص بالقتال، فصار مثل أن يمدهم بأهل الذمة، أو يبيع منهم السلاح. ولأن تكثير جمعهم معصية، فلم يجز فعلها؛ لتخليص المسلم، كترك الصلاة.

لهما: ما روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فادى رجلين من المسلمين برجلين من المشركين.[٢] ولأن فيه تخليص مسلم من الأسر فأشبه دفع المال إليهم. **الجواب**: أن المفاداة يجوز أن تكون في الوقت الذي كان يجوز رد الكفار إليهم بغير شيء، وقد كان عليه السلام صالَح سهيل بن عمرو على أن يرد من جاء منهم مسلمًا فردُّ الكافر أولى. وقد روي عن ابن عباس أن قوله تعالى: ﴿ٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة، ٥/٩] نزلت بعد قوله: ﴿فَإِمَّا مَنَّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد، ٤/٤٧]. والتاريخ يثبت بقول الصحابي. **ومن أصلنا** أن العموم إذا طرأ على الخصوص نسخه.

وأما مفاداة أُسرائهم بالمال فالمشهور عنهم: أنه لا يجوز. وقد ذكر محمد في **السير الكبير**: أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة وضرورة إلى المال.

وجه قولهم: أن الضرر بتخلية الأسرى أكثر من الانتفاع بالمال. ولأنه معصية فلا

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٣١/٧؛ **السير الصغير**، ٢٥٠.

٢ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٤/١٨ (٣٣٩٢٠)؛ **مسند أحمد**، ١١١/٣٣ (١٣٨٧٩). | والذي فيهما وفي غيرها: برجل من المشركين.

تجوز استباحتها لأجل المال، كترك الصلاة. **ومحمد**: ذهب إلى أن النبي صلى الله عليه فادى العباس يوم بدر بمال. وهذا إنما جاز لأنه كان يجوز تخلية الكفار بغير شيء.

[المستأمن يودع ويلحق بدار الحرب فيؤسر]

[٤٦٨.] **مسألة** ذكر الطحاوي في المستأمِن يُودِع أو يُقرِض ويلحق بدار الحرب فيُؤسَر: أن الوديعة فيء، والقرض باطل.[١] وعن أبي يوسف: للذي هي في يده.

وجه قولهم: أن الحربي صار غنيمة بالغلبة، فكذلك ماله الذي لا حق لأحد فيه، أصله: ما كان في يده. ولأن يد المودَع يد لمودِعه، فكأن الوديعة في يده حال الأسر. **لأبي يوسف**: أن يد المودَع أسبق إلى العين، [١١٣و] فصار كمن دخل دار الحرب مُغِيرًا وأخذ مالًا. **وهذا فاسد**؛ لأن هناك حصل من جهته سبب التمليك ولم يحصل ذلك من المودَع في مسألتنا. وأما القرض فإنما بطل لأنه حق المطالبة، ومتى سبي الحربي سقطت مطالبته، ولم يصر فيئًا لأن الغلبة لا تصح فيما في الذمم.

[حربي دخل دار الإسلام بغير أمان]

[٤٦٩.] **مسألة** قال محمد في **السير الكبير**: قال أبو حنيفة: إذا دخل الحربي إلينا بغير أمان فهو فيء. وقال محمد: لمن وجده. وقال أبو يوسف في **الأمالي**: يكون فيئا. وهكذا في **السير الصغير**. وذكر أبو الحسن أبا يوسف ومحمدًا معًا.[٢]

لأبي حنيفة: أن الآخذ أخذه بقوة المسلمين وظهرهم، فأشبه من سبق العسكر وأخذ مالًا. ولأن مال الحربي ورقبته يجريان مجرى واحد في جواز تمليكهما بالغلبة، فإذا كان المال إذا حصل في دارنا بغير أمان كان فيئًا فكذلك الرقبة. ولأن يد المسلمين

---

١ انظر: **مختصر الطحاوي**، ٢٩١؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٧٦/٧.

٢ انظر: **الأصل**، ٤٧٣/٧؛ **السير الصغير**، ١٦٩.

ثابتة على الدار، وتصرف إمامهم قائم مقامهم، فصار حصوله في الدار كحصوله في يد المسلمين. **ولا يقال**: إن هذا الحربي لو رجع قبل أن يؤخذ فأسلم لم يكن فيئًا، فدل على أنه لم يصر فيئًا بحصوله في دار الإسلام؛ وذلك لأن حصوله يثبت فيه حق الاسترقاق، فأما أن يثبت الرق قبل الأخذ فلا، فكذلك إذا رجع كان حرًا. **ولا يقال**: فيجب أن يؤخذ منه الخمس؛ لأنه قد روي عن أبي حنيفة ذلك، وعلى أن الفيء قد ينفرد عن الخمس، فدلالة[1] الواحد يدخل مُغيرًا.

لمحمد: أن اليد بالدار يد حكم، ويد الآخذ مشاهدة فكانت أَولى، كمن وجد ركازًا. ولأنه مباح في الأصل، فملك بسبق اليد كسائر المباحات. **وهذا لا يصح**؛ لأن الركاز يحتاج في ظهوره إلى تعب، واستخراج فصار المستخرج أحق به، كمن دخل دار الحرب مغيرًا فأسر رجلا منهم. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الحربي مقهور لا يحتاج إلى تعب في أخذه، فلم يختص به الآخذ.

وأما وجوب [١١٣ظ] الخمس في رقبته فقد روي عن أبي حنيفة ومحمد روايتان. **والأشبه**: أن لا خمس فيه عند أبي حنيفة، وفيه الخمس عند محمد.

أما وجه سقوط الخمس: فلأن رقبته حق لجماعة المسلمين فلا يثبت لقوم بأعيانهم، كالجزية. ولأنه حق للجماعة من غير قتال، كمال الصلح. **وأما محمد قال في إحدى الروايتين**: إن الرقبة أُخذت من دار الإسلام من غير معونة، فأشبهت الركاز. **وقال في الرواية الأخرى**: إن الرقبة صارت غنيمة في حق الآخذ، فصار كمن دخل الدار وأخذ مالًا.

وقد قال أبو حنيفة: لو أسلم هذا الحربي قبل أن يؤخذ أو بعده كان فيئًا. وقال محمد: إذا أخذه بعدما أسلم فهو حر. وذكر أبو الليث أبا يوسف ومحمدًا معا.

---

١ هكذا في المخطوط، ولعلها: بدلالة.

لأبي حنيفة: أن حق الاسترقاق قد تعلق برقبته فلم يسقط بالإسلام كالمغنوم. **وأما محمد**: فبنى على أصله: أنه لا يملك إلا بالأخذ، فما لم يوجد فهو على حكم دار الحرب، فإذا أسلم لم يسترق.

وقد قال أبو حنيفة: لو التجأ إلى الحرم فلا سبيل عليه، ولكنه لا يطعم ولا يؤوا حتى يخرج فيكون فيئًا، [وقالا]:[1] هو لمن أخذه.

لأبي حنيفة: أن حق الاسترقاق يثبت فيه وللإمام أن يقتله فلم يجز إخراجه من الحرم وتعريضه للقتل مع وجود الأمان. **وهما**: بنيا على أصلهما أنه ملكٌ لمن سبقت يده إليه، فصار كعبد لرجل دخل الحرم أن له إخراجه. ومن أصحابنا من حمل جواب أبي حنيفة على الحربي يدخل دارنا مقاتلًا فيلتجئ إلى الحرم، أو على المستأمن إذا انقضت مدته. وهذا التأويل لا يُحتاج إليه، لأن من دخل بغير أمان فقد ثبت حق الاسترقاق برقبته، فهو كالرجال المعتوهين، فللإمام حق القتل فيهم، فأثَّر دخول الحرم في ذلك.

[دخل دار الحرب بغير إذن فغلب على شيء]

[٤٧٠.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا دخل [١١٤و] الواحد دار الحرب بغير إذن الإمام فغلب على شيء من أموالهم: فهو له ولا خمس فيه. وإن دخل جماعة لها منعة ففي ما أخذوه الخمس. وعن أبي يوسف: إذا كانوا تسعة خُمِس ما أخذوه.[2]

لنا: أن الواحد إذا دخل دار الحرب فما يأخذه لا يكون على طريق المغالبة؛ ألا ترى أن الواحد في الغالب لا يغالب أهل الدار، فصار كالمتلصِّص. ولأن الإمام لا يلزمه نصرته، فلم يكن ما يأخذه بظهر المسلمين، فلذلك لم يخمس. وليس كذلك

---

١ وفي المخطوط: وقال، والذي أثبت لعله الصواب لأنه قال بعد ذلك في التعليل: وهما بنيا.

٢ انظر: **الأصل**، ٧/٤٦٠، ٤٦١؛ **السير الصغير**، ٣٠.

إذا دخل بإذن الإمام؛ لأن الإمام يلزمه نصرته، فيصير ما يأخذه بظهر الجماعة. وقد روي عن أبي حنيفة: أنه لا يخمس ما يأخذه بكل حال. فأما الجماعة التي لها منعة فما يأخذونه على طريق المغالبة والقهر فكان غنيمة، فلذلك وجب فيه الخمس.

وما ذكره أبو يوسف من العدد لا معنى له؛ لأن الحكم [الذي] يتعلق بالمعنى هو حصول الغلبة، وهذا يختلف باختلاف الأحوال. وأما أبو يوسف فيقول: إن التسعة في حكم الكثير، لأنه جمع الجمع، فلذلك تعلق به الحكم دون غيره.

[دخلوا دار الحرب فسرق بعضهم بعضًا]

[٤٧١.] **مسألة** قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إن القوم إذا دخلوا دار الحرب فسرق بعضهم من بعض لم يقطع. وقال أبو يوسف: يقطع.

لأبي حنيفة: أن دار الحرب دار إباحة الأموال، بدلالة أن من أخذ منها مالًا ملكه، والأخذ متى حصل مع سبب الإباحة منع وجوب القطع، وإن لم يبح ملك العين كالمال المشترك. وليس كذلك من زنى في عسكر الإمام؛ لأن دار الحرب ليست بدار إباحة الوطء؛ ألا ترى أن من أسر جارية يُمنَع من وطئها حتى يخرجها إلى دارنا، والوطء متى حصل مع عدم سبب الإباحة تعلق به الحد.

لأبي يوسف: أن مال المسلم محظور، فتعلق به وجوب القطع، وصار ما لا تُبيحه دار الحرب [١١٤ظ] كالموجود في دار الإسلام، أصله الوطء.

[الجزية]

[تأخير جزية عام إلى قابل]

[٤٧٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا دخل حولٌ في حول سقط جزية الأول. وقالا: لا يسقط.[١]

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٤٦/٧؛ **السير الصغير**، ٢٦٣.

لأبي حنيفة: أن وجوب الجزية على طريق العقوبة بدلالة قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ [التوبة، ٢٩/٩] معناه حتى يلتزموها عن يد، واجتماع العقوبتين من جنس واحد له تأثير في الاقتصار على أحدهما كالحدود. **ولا يلزم عليه**: كفارة رمضانين؛ لأنهما أجريا مجرى جنسين مختلفين، بدلالة أن حرمة أحد الشهرين تنقضي بمضيه، وتتجدد أخرى.

لهما: أن الجزية مال يثبت فيه حق الآدمي كالدين. ولأن الجزية والخراج كل واحد منهما يبتدئ به الكافر، فإذا لم يتداخل أحد الأمرين كذلك الآخر.

[متى تعطى الجزية]

[٤٧٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: الجزية واجبة بأول الحول، وتأخيرها على طريق الترفيه. وقالا: يجب بآخره.[١]

لأبي حنيفة: أن سقوط القتل يتعلق بقبولها، فصار كالبدل عنه، فإذا سقط القتل وجب المال، كالصلح من دم العمد. ومن أصحابنا من قال: إن الزكاة أيضًا تجب بأول الحول، ويتضيق وجوبها بآخره. **لهما**: أن الوجوب لو كان ثابتًا في أول الحول لتعلقت المطالبة به. ولأنه يطالب بالجزية لتصرفه في دار الإسلام مدة الحول، كما يطالب بالخراج لتصرفه في أرضه، فإذا لم يجب أحدهما بأول الحول كذلك الآخر.

[إسلام الصبي وردته]

[٤٧٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إسلام الصبي إسلام وردته ردة. وقال أبو يوسف: إسلامه إسلام وردته ليست بردة. وقال زفر: لا يصح إسلامه ولا ردته. وقد مضت في النكاح.[٢]

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٤٧/٧، ٥٤٨؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٥/٧.

٢ وهو في المفقود من الكتاب.

[أخذ الربا في دار الحرب من الحربي]

[٤٧٥.] وقد ذكر جواز بيع درهم بدرهمين من الحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز. وقد مضت في الصرف.[١]

[تعليم الذمي والحرب القرآن]

[٤٧٦.] **مسألة** ذكر الطحاوي عن محمد عن أبي حنيفة: [١١٥و] أنه لا بأس بتعليم الذمي والحربي القرآنَ والفقهَ من غير خلاف.

والوجه فيه: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة، ٦/٩] ومعلوم أنهم يتلقنونه إذا سمعوه. وقد روي أنه عليه السلام كتب إلى هِرَقْل: ﴿يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْاْ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ﴾ [آل عمران، ٦٤/٣]. ولأنهم إذا قرأوا القرآن عرفوا ما فيه من الحكمة، فدعاهم ذلك إلى الإسلام. وكان أصحابنا يقولون: إن الذي تقتضيه مذاهبهم أن لا يجوز ذلك؛ لأنهم يستخفّون بالقرآن فيُمنَعون من حفظه، كما يُمنَعون من شراء المصحف؛ ولهذا قال عليه السلام: «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو»[٢] مخافة أن تناله أيديهم.

[الهدية إلى أمير الجيش]

[٤٧٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أهدى ملك الرُّوم إلى أمير الجيش هدية فهي له خاصة، وكذلك ما يعطي الرسول. وقال محمد في **السير الكبير**: من غير خلاف.[٣] و[قال محمد]: إذا أهدي إلى أمير الجيش هدية أو إلى قائد من قواد المسلمين فهي

---

١ وهو في المفقود من الكتاب. | انظر: **السير الصغير**، ١٨٠.

٢ **صحيح البخاري**، ٥٦/٤ (٢٩٩٠)؛ **صحيح مسلم**، ١٤٩٠/٣ (١٨٦٩).

٣ أي: في الرسول، أنه يتملكها له خاصة.

غنيمة وفيها الخمس، وإن أهدي إلى رجل ليس بأمير ولا قائد فهي له.[1]

لأبي يوسف: ما روي أنه عليه السلام كان يقبل الهدية ويثيب عليها، وقبل هدايا ملوك الآفاق، وما جاز له جاز لمن بعده. ولأنه لو كان فيئًا لم يجز للأمير رده إليهم، والامتناع من قبوله كسائر أموالهم. **لمحمد**: أن الهدية التي تصل من أهل الحرب تحصل لخوفهم من الجماعة ورعبهم منهم، فصارت كالغنيمة. وقد روي عنه عليه السلام أنه قال: «هدايا العمال سُحْتٌ».[2] وروي أنه قال: «ما بال قوم نُولِّيهم شيئا مما ولَّانا الله فيقول أحدهم: هذا لكم وهذا أُهدِيَ إلي فهلا جلس في بيت أمه فينظر هل يُهدَى إليه»[3] وهذا يدل على أن العامل منهي عن الانفراد بالهدية.

[إسلام الزنديق]

[٤٧٨.] **مسألة** روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الزنديق الذي يُظهر الإسلام قال: أستتيبه كالمرتد. [١١٥ظ] وقال أبو يوسف مثلَ ذلك زمانًا، فلما رأى ما يصنع الزنادقة من إظهار الإسلام ثم يعودون قال: إن أُتِيتُ بزنديق أَمَرْتُ بقتله ولم أستتبه، فإن تاب قبل أن أقتله خليته. وروى سليمان بن شعيب عن أبيه عن أبي يوسف أنه قال: إذا زعم الزنديق أنه قد تاب حبسته حتى تعلم توبته. وروى سليمان بن شعيب عن أبيه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في **نوادر** له قال: قال أبو حنيفة: اقتلوا الزنديق المستسرَّ فإن توبته لا تعرف.[4]

---

١ انظر: **عيون المسائل**، ٤٢٥، ٤٢٦.

٢ انظر: **مسند أحمد**، ١٤/٣٩ (٢٣٦٠١)؛ **السنن الصغير**، ١٣٥/٤ (٣٢٦٦). والذي ورد فيهما: «هدايا العمال غلول».

٣ **صحيح البخاري**، ٧٠/٩ (٧١٧٤)؛ **صحيح مسلم**، ١٤٦٣/٣ (١٨٣٢).

٤ انظر: **الأجناس**، ٤٤١، نقلًا عن **المجرد**.

وجه الرواية الأولى: قوله تعالى: ﴿ٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة، ٥/٩] إلى قوله: ﴿فَإِن تَابُواْ﴾ [التوبة، ٥/٩]، وقوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ﴾ [النساء، ١٣٧/٤]. ولأنا لا نتوصل إلى حقيقة الاعتقاد وإنما نستدل بالظاهر؛ ولهذا قال عليه السلام لأسامة حين قتل رجلًا أظهر الشهادتين وقال: «إنما قالها تعوذا» فقال عليه السلام: «هلا شققت عن قلبه».[1] ولأنه لما جاز أن يكون تائبًا في الحقيقة لم يجز قتله بالشك.

وجه الرواية التي لم تقبل توبته: أن من عادتهم إظهار الإسلام وكتمان الكفر فلم يمكن الاستدلال بظاهر التوبة على الاعتقاد. ولأنهم ضموا إلى كفرهم السعي في الأرض بالفساد ودعاء الناس إلى الضلالة وخلاف الشريعة، فصار قتلهم كقتل قاطع الطريق.

وجه الرواية التي قال "لا أعرض عليهم التوبة فإن تابوا قبلتها": ما روي عن ابن مسعود أنه قال لعبد الله بن نواحة لما عرف منه الإيمان بمسيلمة ودعاء الناس إليه: سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول حين جئتَه رسولًا: «لولا أنك رسول لقتلتك» وإنك اليوم لستَ برسول، فأمر بقتله ولم يستتبه،[2] فدل على أن من استسرَّ بالكفر لا يعرض عليه الإسلام. ولأن عرض الإسلام يكون فيمن ترجى توبته، والغالب في الزنديق إظهار ما لم يعتقده، فلم يكن لاعتبار [١١٦و] عرض الإسلام عليه معنى.

[مِلْك المرتد]

[٤٧٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: مِلك المرتد يزول بردته، ويقف عليه وعلى وارثه، فإن أسلم عاد إليه، وإن قتل على ردته أو لحق بدار الحرب أو مات انتقل إلى وارثه،

---

١ **مصنف ابن أبي شيبة**، ٥٦٣/١٧ (٣٣٧٧١)؛ **سنن ابن ماجه**، ٥٦٣/٣ (٣٩٣٠).

٢ **مسند أحمد**، ١٥١/٦ (٣٦٤٢)؛ **المعجم الكبير**، ١٩٤/٩ (٨٩٥٨).

وإن تصرف كان تصرفه موقوفًا. وقالا: لا يزول بردته، فإن تصرف جاز تصرفه، إلا أن أبا يوسف جعل تصرفه كتصرف من وجب عليه القصاص، وجعله محمد بمنزلة المريض.[١]

لأبي حنيفة: قوله عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: "لا إله إلا الله" فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» فعلَّق عصمة الدم والمال بإظهار الشهادتين، فوجب أن يحكم بزوال الحكم المعلق بهما، وزوال عصمة الدم يوجب زوال ملكه عنه، فكذلك زوال عصمة المال. ولا يجوز اعتباره بالحربي؛ إذ عصمة دمه زائلة، وإن كان مالكًا لما في يده؛ لأن ملكه ليس بصحيح، ولهذا لا ينفذ عتقه في عبيده. **ولا يجوز أن يرد**: بالردة إلى كفر الأصل؛ لأن كفر الأصل كان يجوز أن يُقَرَّ عليه بالجزية، فصار أخف من حال المرتد.

ولا يقال: لو زالت عصمة ماله صار فيئًا كمال الحربي؛ لأن زوال عصمة ماله يحصل وله وارث مستحق لماله، فيتعلق حقه به، فلذلك لم يكن فيئًا، وهذا المعنى لا يوجد في الحربي؛ لأن ورثته لا استحقاق لهم يمنع من تعلق الفيء بالمال.

ولا يقال: لو زال ملكه لانتقل إلى وارثه، لأن الملك قد يزول، ولا ينتقل مثل الوقف والوصية قبل القبول. ولأن الردة تؤثر في النكاح من جميع الجهات، فكان لها تأثيرًا في إزالة الملك كالموت. وإذا ثبت أن ملكه قد زال لم ينفذ تصرفه إلا أنه حقه ثابت فيه؛ لجواز أن يعود مسلمًا، فمتى أسلم جاز ذلك التصرف؛ لزوال المعنى الذي وقف لأجله، كالراهن إذا باع ثم سقط حق المرتهن، وكالوارث إذا أعتق وهناك [١١٦ظ] دين مستغرق ثم قضى الدين. **ولا يلزم على هذا**: دعوة النسب في ولد أمته؛ لأن ذلك لا يقف على الملك بدلالة صحة دعوة الأب في مال ابنه، والمولى في ملك مكاتبه، وأقل أحوال المرتد أن يكون له شبهة ملك.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٣٠٣-٩٠٣؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٧٥/٤-٧٧.

لهما: أن الردة ليست بأكثر من اعتقاد الكفر، وهذا المعنى موجود في كفر الأصل. ولأن إباحة الدم لا تؤثر في الملك؛ بدلالة المرجوم ومن وجب عليه القصاص ومن شهر سيفًا على المسلمين. **الجواب**: أن كفر المرتد يفارق كفر الأصل بالاتفاق؛ بدلالة اختلافهما في النكاح، فجاز أن يختلفا في الملك. وأما من وجب عليه القصاص فدمه ليس بمباح؛ ألا ترى أنه لو قتله غير ولي المقتول قُتِل به، وكذلك المرجوم لا يحل لأحد قتله ولا رجمه إلا بإذن الإمام، وكذلك من صال على رجل بسيف فقتله على طريق الدفع، ولو أمكنه دفعه بغير القتل لم يجز قتلُه؛ فدل على أن دمه ليس بمباح. وأما المرتد فقد صار دمه مباحًا ولكل واحد من الناس قتله.

وإذا ثبت لهما أن ملكه لم يزل صار كالمسلم، إلا أن أبا يوسف قال: إن القتل قد وجب عليه كالمقتص منه. ومحمد قال: إنه معرض للتلف، ولكل واحد من الناس قتله، فصارت حالته أخوف من حالة المريض، فيكون تصرفه من الثلث.

وعلى هذا الأصل روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن المرتد يرثه ورثته يوم ردته، فإن ماتوا قبل قتله ورثوا؛ لأن الملك ينتقل بالسبب المتقدم فمتى زالت المراعاة حكمنا بانتقال الملك من ذلك الوقت، فيحصل الحق للوارث، ولا يعتبر موته بعد ذلك. وعلى هذا يجب إذا انقضت عدة امرأته أن ترث. **وقد روى محمد عن أبي حنيفة** إن [من] مات منهم قبل قتله لم يرث، وكذلك إن انقضت عدة امرأته لم ترث، [١١٧و] لأن الحالين لا بد من اعتبارهما حال زوال المراعاة، وحال زوال الملك بإجازة البيع الموقوف. **فأما على [أصلهما]**:[١] فيعتبر الوارث يوم الموت؛ لأن الردة عندهما لا تزيل الملك.

وذكر أبو الليث: إذا ارتد ولحق وقضى القاضي بلحوقه اعتبر ورثته وقت اللحوق

١ هكذا في المخطوط، والتقدير مستفاد من السياق، ومن **شرح مختصر الطحاوي**، والله أعلم. والشكر للأخ دواد دبيري على عونه في حل هذا الموضع.

في قول محمد، وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف في **الأمالي**: ينظر إلى ورثته وقت قضاء القاضي. وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: ما اكتسبه في حال إسلامه لورثته، وما اكتسبه حال ردته فيء. وقالا: الجميع لورثته.

والوجه فيه: أن ما اكتسبه في حال إباحة دمه لأجل الكفر يتعلق حكم الفيء به كمال الحربي. ولأن حرمة ماله كحرمة دمه، فلما كان دمه مباحًا لجميع المسلمين كذلك ماله. **ولا يلزم عليه**: ما اكتسبه المكاتب حال ردته أنه لا يكون فيئًا؛ لأنه غير مالك له، وإنما هو موقوف على حق المولى المسلم، وما وقف على المسلم في دار الإسلام لا يكون فيئًا. **فإن قيل**: فكسب المرتد يتعلق به حق ورثته المسلمين. **قلنا**: حق الوارث لا يتعلق بأكسابه.

لهما: أن الردة لا تزيل الملك فما اكتسبه في حال الإسلام والردة سواء. ولأنا لو وضعناه في بيت المال استحق بسبب واحد وهو الإسلام، والوارث يستحقه بسببين: القرابة والإسلام فكان أولى.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة فيما رواه الحسن عن أبي يوسف عنه: إن ما لزم المرتد بعد الردة من دين أو أرش فإنه فيما اكتسبه حال الردة، إلا أن يفضل منه شيء فيكون فيما اكتسبه حال الإسلام؛ لأن ملكه زال عما كان له في حال الإسلام، فإذا لزمه دين تعلق بما هو على ملكه، ولم يتعلق بما زال ملكه عنه. **ولا يجوز أن يقال**: إنه فيء لا يتعلق به الدين؛ لأن مال الذمي إذا لم يترك [١١٧ظ] وارثًا يوضع في بيت المال على طريق الفيء، وإن قضي منه دينه. وذكر في السير في **الجامع الصغير** وفي **الجامع الكبير**: أن ذلك فيما اكتسبه حال الإسلام إلا أن يفضل منه شيء فيكون فيما اكتسبه حال الردة؛ لأن ما اكتسبه في حال إسلامه يقسم ميراثًا على فرائض الله تعالى،

والديون مقدَّمة على المواريث.[١] وقال زفر: ديون حال الإسلام فيما اكتسبه في تلك الحال، وديون حال الردة فيما اكتسبه فيها؛ لأن الملك لما زال بالإسلام صار كالموت، فافترقت الحالتان.

وعلى هذا قال أبو حنيفة: يعتبر صفات الوارث يوم ارتد، فمن كان مسلمًا حرًا ورث، ومن كان كافرًا أو عبدًا لم يرث وإن أسلم قبل القتل. ولو كان الوارث مسلمًا يوم ارتد ثم ارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت فله الميراث. وقالا: يعتبر صفة الوارث يوم يقتل أو يموت أو يحكم بلحاقه بدار الحرب.

أما أبو حنيفة: فبنى على أصله أن ملكه يزول بردته، ويقف على وارثه، وإنما ينتقل عقيب القتل بالسبب المتقدم، فوجب اعتبار صفاته في حال ثبوت الحق، كما يعتبر صفات وارث المسلم يوم الموت. **ولا يجوز أن يقال**: لو اعتبر صفات الوارث عند الردة لا ينقل الملك إليه كما ينتقل بالموت؛ لأنه يبطل بمن مات وعليه دين أن صفات الوارث معتبر يوم موته، وإن لم ينتقل إليه بالموت. **وهما** بنيا على أصلهما: أن ملك المرتد لا يزول إلا بالموت، فأشبه سائر الأملاك، فيعتبر الوارث في تلك الحال.

وقد قال أبو يوسف: إن وارث المرتد يعتبر صفاته يوم يحكم الحاكم بلحاقه. وقال محمد: تعتبر يوم لحاقه. **لأبي يوسف**: أن ملك المرتد يوم اللحوق مراعى؛ لجواز أن يعود مسلمًا فيكون أولى به؛ ولهذا قالوا: لو استهلك الوارث ثم عاد مسلمًا ضمنه. ولذلك لا يعتق أمهات أولاده ومدبروه، فصار عند اللحوق كما قبله. **وأما محمد فقال**: إن حكم الحاكم يزيل [١١٨و] ملك المرتد من وقت اللحاق؛ لأن اختلاف الدارين يؤثر في الأملاك، فمتى حكم به وزالت المراعاة وجب اعتبار السبب الذي يتعلق به الحكم، كالبيع الذي هو سبب في الملك.

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٧٠٣.

[إبطال الردة الإحصان]

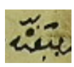
[٤٨٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: الردة تبطل الإحصان. وقال أبو يوسف: لا تبطله. وهذا فرع على اختلافهم في أن الكفر يؤثر في الإحصان فعند أبي حنيفة ومحمد أنه يبقيه[1] ويمنع وجوب الرجم، فصار وجوده في الثاني كهو في الابتداء. وعلى قول أبي يوسف: ليس بشرط في الابتداء، كذلك حال البقاء.[2]

[دية المرتد]

[٤٨١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قطع رجل يد رجل، فارتد المقطوع ولحق بدار الحرب، ثم عاد مسلمًا فمات: لم يضمن القاطع إلا أرش اليد. ولو لم يلحق بدار الحرب حتى أسلم ثم مات: ضمن الدية كلها. ولو قضى القاضي بلحاقه، ثم أسلم ورجع: لم يجب على القاطع إلا أرش اليد في قولهم. وقال زفر ومحمد: يضمن نصف الدية في الوجهين.[3]

لهما: أن الجناية تعتبر بما تؤول إليه، ولا تعتبر بما بين الابتداء والانتهاء إذا لم يحصل ما يمنع من ثبوت الحقوق؛ بدلالة أن من قطع يد رجل من الزند فسرت إلى نصف الساعد ثم مات وجب القصاص، وإن كان بين الابتداء والانتهاء ما يمنع ذلك. **ولا يجوز أن يقال**: فأوجب القصاص؛ لأن دليلنا اقتضى ثبوت الضمان، فأما القصاص فقد سقط بالشبهة، فانتقل مالًا. وليس كذلك إذا لحق بدار الحرب؛ لأنه وجد ما يقطع حكم السراية؛ ألا ترى أن اختلاف الدارين يوجب قطع العصمة، ويمنع من ثبوت الحقوق، فسقط حكم السراية فلم يَعُدْ بعدَ ذلك.

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ راجع المسألة رقم: ٣٠١.

٣ انظر: **الأصل**، ٤٩٦/٧؛ **السير الصغير**، ٢٠١، ٢٠٢.

لمحمد [وزفر]: أن الردة سبب لإباحة قتله؛ فأقل الأحوال أن تصير كالبراءة من السراية، فلا يلزمه [شيء] من أرش القطع.

[فداء المملوك]

[٤٨٢.] **مسألة** قال في **السير الكبير**: إذا اشترى رجل الجارية المأسورة، فحملها إلى دار الإسلام فعَلِم بها صاحبُها، فلم يُشهِد على الطلب حتى مضى دهر، ثم جاء [١١٨ظ] يطلب وقد علم بشرائها وإخراجها إلى دار الإسلام لم يكن هذا تسليمًا. قال: ولا يشبه هذا الشفعةَ. وروى ابن سماعة عن محمد أن ذلك بمنزلة الشفعة إن طلبها عند العلم، وإلا بطل حقه.

وجه قولهم المشهور: ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال في دابة أخذها المشركون لابن عمر: «إن وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شيء، وإن وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة»[1] فأجاز أخذها بعد القسمة، ولم يفصل بين تعجيل الطلب وتأخيره. ولأن حقه لا يثبت على وجه يفسخ تصرف المشتري، وإنما يثبت في ملكه، فأشبه أن يوجب له الملك.

لمحمد: أن حق المولى يثبت لأمر سابق، كحق الشفيع. **الجواب**: أن حق الشفيع يبطل تصرف المشتري، فجعل طلبه على الفور لا يمنع ذلك تصرف المشتري، وحق المولى لا يمنع تصرف المشتري، فلم تجعل مطالبته على الفور.

[من لا تلزمه الجزية]

[٤٨٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا جزية على الأعمى والزمنى والشيخ الفاني. وعن أبي يوسف روايتان.[2]

---

١ **الآثار** لأبي يوسف، ١٩٥ (٨٧٩).

٢ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٠٥/٧، ٢٠٦.

لهما: قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ [التوبة، ٢٩/٩] وهذا يدل على أن الجزية تجب على أهل القتال. ولأنه ليس من أهل القتال كالمرأة. **لأبي يوسف**: أنه ذكر قادر على أداء الجزية كالصحيح.

[قضاء من أسلم في دار الحرب]

[٤٨٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أسلم الرجل في دار الحرب، ولم يعرف الصلاة ولا الصوم، ثم خرج إلى دار الإسلام: لم يكن عليه القضاء. وقال أبو يوسف: أستحسن أن أُوجِب عليه القضاء.[١]

لهما: أن الشرعيات يقف وجوبها على السمع، فمتى لم يُوجَد لم تجب، كالعقليات إذا عُدِم العقل. **لأبي يوسف**: أنه قد علم أن للإسلام أحكام فكان عليه معرفتها، فلما لم يفعل صار مُفرِّطًا، فلم يسقط عنه القضاء.

[عبد مأسور اشتراه مولاه فمات]

[٤٨٥.] **مسألة** روى ابن سماعة عن أبي يوسف في المشتري للعبد المأسور من أهل الحرب إذا مات مولاه فليس لورثته أخذه. وقال محمد في **السير**: لهم ذلك. [١١٩و] وهو رواية علي بن الجعد عن أبي يوسف.[٢]

لأبي يوسف: أنه خيار ليس فيه معنى المال فبطل بالموت كخيار الشرط، ولأنه يجب لأجل ملك سابق كحق الشفيع، ولأن الوارث لم يكن مالكًا فيما تقدم فلم يثبت

---

١ ونص في **شرح السير الكبير**: أن مداره على شيوع الخطاب. انظر: **شرح السير الكبير**، ٦٠٦.

٢ انظر: **شرح السير الكبير**، ١٩٥٠.

له الحق، كما لا تثبت للوارث الشفعة. **لمحمد**: أنه خيار ثبت من طريق الحكم دون القول فصار كخيار العيب.

[ضمان من تترس بهم الكفار من أسرى المسلمين]

[٤٨٦.] **مسألة** قال أصحابنا في الكفار إذا تترسوا بأسرى المسلمين أو بأطفالهم فرموهم من غير أن يتعمدوا مسلمًا: لم يلزمهم ضمان. وقال الحسن: فيه الكفارة والدية.[١]

لنا: أنه رمي أبيح مع العلم بحال المرمي فصار كمن وقف في صف المشركين، ولأنه لو وجب بقتلهم الضمان لتعلق به مأثم بحال[٢] كالمسلم. **للحسن**: أنه أبيح الرمي بشرط أن لا [يتعمد][٣] المسلم فإذا أصابه صار في معنى الخطأ.

وقد قال أصحابنا: لا بأس بتحريق بلاد أهل الحرب وتغريقها، ونصب المناجيق عليها وإن كان فيها مسلم. وقال الحسن: لا يجوز ذلك. وهذا غلط؛ لأنه يجوز فعل هذا وإن كان فيهم الذراري، وتحريم قتل المسلم كتحريم الذراري. ولأن هذا يؤدي إلى ترك قتال أهل الحرب؛ ألا ترى أن بلادهم لا تخلو من مسلم تاجر.

[إنزال الكفار على حكم الله]

[٤٨٧.] **مسألة** قال أبو يوسف: يجوز إنزال الكفار على حكم الله تعالى. وقال محمد: لا يجوز.

لأبي يوسف: أن حكم الله تعالى قد استقر وعُرف فجاز حملهم عليه كما يجوز حمل المسلمين عليه، ولأنه يجوز إنزالهم على حكم رجل، وإن كان حكمه غير

١ انظر: **الأصل**، ٤٥٥/٧؛ **السير الصغير**، ١٣٥؛ **شرح السير الكبير**، ١٤٧٤.

٢ هكذا في المخطوط.

٣ في المخطوط: يعتمد، ولعل الصواب ما أثبت.

مستقر، فحكم الله المستقر أَوْلى. **لمحمد**: ما روي أنه عليه السلام قال: «وإن أرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تفعلوا؛ فإنكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم».[١] ولأن من أحكامنا النص والاجتهاد، وهم لا يعلمون ذلك، فلو أنزلناهم ثم اجتهدنا لكان تغريرًا لهم، وهذا لا يصح. **والجواب**: أن النبي عليه السلام منع ذلك؛ لأن الحكم لم يكن قد استقر، وكان ينسخ في الوقت بعد الوقت، فكانوا لا يأمنون [١١٩ظ] نسخ الأحكام بعد مفارقة النبي عليه السلام، وهذا المعنى قد أُمِن في عصرنا، فجاز إنزالهم عليه.

[وطء جارية تملكها في دار الحرب]

[٤٨٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال الإمام: "من وجد شيئا فهو له" فأصاب رجل جارية واستبرأها بحيضة لم يجز له وطؤها في دار الحرب. وقال محمد: يجوز. قال أبو الليث: وكذلك الخلاف إذا اشترى المسلم جارية من أهل الحرب. قال: ولو دخل رجل وحده فأصاب جارية لم يجز وطؤها حتى يخرجها ويستبرأها في قولهم.[٢]

لأبي حنيفة: أنها مملوكة على وجه الغنيمة، فلم يجز وطؤها في دار الحرب كجواري المغنم. ولأن دار الحرب يدهم فيها ثابتة، فوجود الاستبراء في حكم يدهم، كوجوده في يد البائع، فلا يعتد به. **فإن أُلزِم على هذا**: إذا قسم الإمام الغنيمة في دار الحرب. **قلنا**: يجب على قوله أنه لا يحل الوطء. **فإن قيل**: إذا اشترى المسلم منهم جارية حلَّ له وطؤها، وإن كانت دار الحرب يدهم. **قلنا**: من أصحابنا من قال: المشتري لا يملكها بالعقد، وإنما يملكها بالغلبة وزوال يد البائع، فعلى هذا يجب أن لا يطأها كالمغنومة.

---

١ **الآثار** لمحمد بن الحسن، ٧٢٨/٢ (٨٥٦)؛ **مسند أبي حنيفة** للحارثي، ٦٤٢/٢ (١٠٥٢).

٢ انظر: **الأصل**، ٤٦٠/٧؛ **السير الصغير**، ١٤٥.

لمحمد: أنه ملكها من غير أن يثبت لأحد فيها حق، فصارت كسائر أملاكه. ولأن الجارية المغنومة لا يحل وطؤها؛ لجواز أن يتعلق بها حق المدد، وهذا المعنى غير موجود في مسألتنا.

[من لا يُنزل على حكمه]

[٤٨٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا نزل أهل الحصن على حكم كافر أو صبي أو عبد لم يجز حكمهم ورُدُّوا إلى حصنهم، ولا يُرَدُّون إلى ما هو أحصن منه. وقال محمد: يصيرون ذمة.

لأبي يوسف: أن تحكيم هؤلاء لا يجوز بوجه، فصار كالمتخاصمين إذا حكَّما صبيًا، أن وجود ذلك وعدمه سواء، ويعود الأمر إلى ما كان قبل التحكيم كذلك هذا. **لمحمد**: أنهم رَضُوا بالحكم، وذلك يتضمن القتل أو الاسترقاق أو الذمة، فوجب أن يثبت أدناها لرضاهم، لا للحكم.

وأما إذا نزلوا على حكم فاسق أو محدود [١٢٠و] في قذف أو امرأة قال أبو يوسف: لا يجوز حكمه. وقال محمد: يجوز، إلا أن المرأة إن حكمت بالقتل لم يجز.

لأبي يوسف: أن التحكيم فيه معنى الحكم وحكم هؤلاء لا يجوز. فإن ألزم حكم المرأة لم يلزم؛ لأن هذا الحكم يتضمن القتل، وحكمها في القتل لا يجوز. ولأن هذا يتضمن النظر في الأصلح للمسلمين، فحلَّ محل الإمامة، فلم يجز أن يتولاه هؤلاء. **لمحمد**: أن هؤلاء من أهل الولاية وممن تقبل شهادتهم بحال، والتحكيم لا يتضمن الحكم وإنما هو طلب الأولى والأصلح فيجوز منهم، كما يجوز التصرف بالولاية.

[قسمة الخُمْس]

[٤٩٠.] **مسألة** قال في **الأصل** و**الجامع الصغير**: إن الخمس يقسم على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل. وذكر بشر عن أبي يوسف أنه قال في الخمس:

على خمسة أسهم، خمس لله تعالى وللرسول، وخمس ذوي القربى، وخمس اليتامى، وخمس المساكين، وخمس لابن السبيل.[١]

وهذا ليس باختلاف: لأن أبا يوسف أجاب على قسمة الخمس في زمن النبي صلى الله عليه، فأما بعده فلا خلاف بين أصحابنا في سقوط سهم رسول الله صلى الله عليه حين قُبِض، وسهم قرابته الذين كانوا معه يومئذ. قال أبو الحسن: «لا أعلم هذا قوله أو قول أبي حنيفة». والظاهر أنه قوله. وكان ابن شجاع يختار: أن ذوي القربى كانوا يستحقون في حياة النبي صلى الله عليه مع وجود الغنى، فلما قُبِض النبي صلى الله عليه سقط المعنى الذي به يستحقون وهو النصرة، فزال سهمهم. والذي اختاره أبو الحسن أنهم كانوا يستحقون في زمن النبي صلى الله عليه بالفقر وهو باقٍ على ذلك إلى يومنا، وفائدة تخصيصهم بالذكر بيان جواز أخذهم له مع تحريم الصدقة عليهم.

وقد قال أبو يوسف: "إن الفيء هو الخراج" فإن كان يعني به الجزية فإنها تُوضَع في بيت المال للمصالح ولا خمس فيها، وإن كان يعني خراج الأراضي فإن ذلك لم يكن على عهد رسول [١٢٠ظ] الله صلى الله عليه وسلم فلم يمكن حمل الآية عليه، وإن كان يعني به ما أخذ من الكفار صلحًا فقد ذكروا: أن ما أخذ من الكفار برسالة بغير قتال يوضع في بيت المال من غير خمس.

[من تجب عليه الجزية]

[٤٩١.] **مسألة** قال أصحابنا: تجب الجزية على الرُّهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا أغنياء أو متوسطين أو مُعتمِلين. ومعنى المعتمل أن يقدر على العمل لا أن يفعله. قال محمد: لا تجب على السياحين ولا على الرهبان خراج إلا أن يخالطوا الناس. وهذا لا خلاف فيه.[٢]

١ انظر: **الأصل**، ٩٣٤/٧؛ **الجامع الصغير**، ٤٢١.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٤٧/٧؛ **السير الصغير**، ٢٦٣.

وأما الغني والمتوسط فهما قادران على أداء الجزية فيؤخذ منهما. وأما القادر على العمل فهو متمكن مما يؤدى منه الجزية، فإذا لم يعمل فقد اختار تعطيل نفسه فلا يُسقِط ذلك الحقَّ الذي عليه، كمن عطَّل أرض الخراج فلم يزرعها. **وأما محمد** فيجوز أن يكون أجاب: على من لا يقدر على العمل من السياحين فيكون موضع اتفاق، ويجوز أن يكون قال: إن من لا يخالط الناس لا يقتل، فلا يُوضَع عليه الجزية كالمرأة.

[سقوط حد القذف بالردة فالسبي]

[٤٩٢.] **مسألة** قال محمد: إذا قذفت المرأة وارتدت ولحقت فسبيت سقط عنها الحد. وقال زفر: تُحَدُّ حدَّ الحرة.

لمحمد: أن الرق أسقط نصف الحد، لأن ما طرأ على الحد بمنزلة الموجود في الابتداء، إذا كان مما يؤثر فيه رجوعُ المقر وتغيرُ صفة الشهود. ولأنا لو أقمنا كمالَ الحد كنا نُقِيْمُه مع وجود الرق المنافي له، وإذا شهدوا فقد طرأ على الحد ما أوجب تغييره فصار شبهة. ولأن ما يطرأ على الحد مما يُسقِط بعضَه يسقط جميعه كسائر الشُّبَه. لزفر: أن الردة لا تنافي ابتداءَ الحد، فلأَنْ لا تَمْنَعَ البقاءَ أَوْلى.

[إسلام ولد المرتد في دار الحرب]

[٤٩٣.] **مسألة** روى أبو يوسف عن أبي حنيفة في المرتد يلحق بدار الحرب ومعه أولاده فيولد لهم: أن أولادهم يُجبَرون على الإسلام، وأما وَلد من وُلِد في دار الحرب لا يُجبَرون، وهذا قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يُجبَر الأولاد في الوجهين.[١]

لهما: أن من وُلِد في دار الإسلام يثبت له حكم الإسلام [١٢١و] بنفسه بدلالة أن ارتداد الأبوين يقطع حكمه عنهما، فصار مسلمًا بالدار، ومن ثبت له حكم الإسلام

١ انظر: **الأصل**، ٥٠٥/٧؛ **السير الصغير**، ٢١٥؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٢٤/٦.

بنفسه أُجبِر أولاده على الإسلام، كالمرتد نفسه. وليس كذلك من ولد في دار الحرب؛ لأنه لم يثبت لهم حكم الإسلام بأنفسهم، وإنما يثبت لهم بآبائهم، فلو أجبرنا ولدهم على الإسلام لأجبرنا لمعنى يعود إلى الجد دون الأب، وهذا لا يصح.

لأبي يوسف: أن ولد المرتد ثبت له حكم الإسلام بأبيه، ولهذا لا يقتل إذا بلغ فلم يجبر ولده على الإسلام كمن ولد في دار الحرب.

[أجبره أهل الحرب على الكفر]

[٤٩٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لو أن رجلا أكرهه أهل الحرب على الشرك فأظهره لم يكن بذلك كافرًا، ولم تبن امرأته، وصلي عليه إن مات، ويرث أباه. قال في **الأصل**: وهذا استحسان.[1] يعني في الفرقة. قال الحسن: يكون مرتدًا في الظاهر، وتبين امرأته، ولا يُصلَّى عليه، ولا يرث أباه، ويكون مسلمًا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد ما أظهره.

لأبي حنيفة: أن الكفر والإسلام يتعلق بالاعتقاد، ووجود الإكراه ينفي الرضا والاعتقاد في الظاهر، فكان ظاهر أمره أنه غير مُعتقِد لما أُكرِه عليه، فلم يحكم بكفره. وأما الفرقة: فوجه القياس أن الردة لما تعلق بها الفرقة لم يؤثر الإكراه فيها، كنفس الطلاق. وإنما استحسنوا؛ لأن الردة ليست بفرقة، وإنما يقع الطلاق بحكمها، فإذا لم يحكم بوقوعها لم يقع الطلاق.

وجه قول الحسن: أن من أُكرِه على الكفر فالأولى له ترك إظهاره والصبر على ما أُكرِه عليه، وإذا أظهره فالظاهر أنه مختار له، فحكم بردته. وليس كذلك إذا أُكرِه على شرب الخمر وأكل الميتة؛ لأن الأفضل له تناولهما، فلم يكن في فعلهما دلالة على اختيار ذلك.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٩١/٧.

[دخول دار الحرب للتجارة]

[٤٩٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: لا بأس أن يدخل المسلم دار الحرب يبيع الطعام والكسوة، ويكره بيع الكراع والسلاح. وقال أبو يوسف: أن لا يُدخِل [١٢١ظ] إليهم شيئًا أفضل.[1]

وهذا ليس بخلاف: **لأن أبا حنيفة** أجاب على الجواز، وقد كان الناس يدخلون دار الحرب للتجارة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة فلم ينكروا ذلك فدل على جوازه. **وأبو يوسف** أجاب على الأَوْلى، والأَوْلى أن لا يدخل المسلم دار الحرب لما في ذلك من التغرير بنفسه ودينه وحاجته إلى التقية. ولأن في ذلك منفعة لأهل الحرب.

١ انظر: **شرح السير الكبير**، ١٢٤٢، ١٢٤٣.

[الخوارج والبغاة]

[الصلاة على الباغي]

[٤٩٦.] **مسألة** قال أصحابنا: لا يصلى على الباغي. وقال الحسن: إن لم يكن لهم فئة فلا بأس أن يغسلهم أهلهم، ويصلون عليهم.[١]

لنا: أن عليًّا عليه السلام لم يصل على قتلى النهروان، ولم يكن لهم فئة. ولأن الباغي أتى بأعظم المعاصي وأكثرها،[٢] وفي الصلاة إظهار الموالاة، وذلك غير جائز، كما لا يجوز في حال الحياة. **وجه قول الحسن**: أنه إذا لم يكن لهم فئة فحكمهم حكم المسلمين؛ بدلالة أنه لا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم، فجاز أن يصلى عليهم.

[قسمة مال الباغي]

[٤٩٧.] **مسألة** قال أصحابنا: لا يقسم مال الباغي. وعن أبي يوسف جواز قسمة سلاحهم.

لهما: أن قتل الباغي على طريق الدفع وهذا لا يبيح المال، كمن قصد رجلًا ليقتله. ولأنه لو جاز قسمة سلاحهم جاز قسمة بقية أموالهم، كأهل الحرب. **لأبي يوسف**: ما روي أن عليًا قسم السلاح. وهذا لا دلالة فيه: لأنه قسم سلاحهم استعانة به على قتالهم، وهذا لا يدل على قسمة المِلك؛ ألا ترى أن من قصد رجلًا بسيف جاز له أن يأخذه من يده فيدفعه به، ولا يدل ذلك على تملكه.

---

١ انظر: **نوادر المعلى**، ١١٥ظ؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٠٤/٦، ١٠٥.

٢ لعل الصواب: وأكبرها.

[إرث العادل مال الباغي]

[٤٩٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قتل الباغي العادلَ وقال: "قتلتُه وأنا أعتقد أني على حق" ورث. وعن أبي يوسف أنه لا يرث.[١]

لنا: أن قتل الباغي أجري مجرى القتل بحق؛ بدلالة أن أحكام القتل لا تتعلق به فلم يتعلق به حرمان الميراث، كالقتل المستحق. **ولا يلزم على هذا**: إذا قال: "قتلتُه وأنا أعتقد أني على الباطل"؛ لأن حرمان الميراث لا يتعلق بالقتل، وإنما [١٢٢و] يتعلق باعترافه على نفسه. **لأبي يوسف**: أن حرمان الميراث يتعلق بالقتل على طريق العقوبة، والباغي أحق بالعقوبة، فوجب أن يحرم الميراث.

[ما يكون به البغي من الآلة]

[٤٩٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قصد رجل رجلًا بعصا كبير أو حجر كبير فقتله المقصود بحديدة اقتص منه. وقالا: لا يقتص منه.

وهذه فرع على اختلافهم: أن العصا يتعلق بها وجوب القصاص، **فعلى قول أبي حنيفة**: لا يجب القصاص فيها فصارت كالعصا الصغير، فإذا قتل المقصود اقتص منه. **وعلى قولهما**: يتعلق بها القصاص فصارت كالسيف. ولو قصده بالسيف فقتله المقصود فلا شيء عليه في قولهم.

* * *

---

١ انظر: **شرح مختصر الطحاوي**، ١٠٧/٦.

مسائل السبق

[٥٠٠.] وإذا تناضلا على عبدٍ، فسبق أحدهما، وأخذ العبد: لم يرده بالعيب اليسير. وقال زفر: يرده. وهذا فرع على اختلافهم في المهر، وقد مضت.

وإن وجده حرا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وزفر ومحمد. وقال أبو يوسف: عليه قيمته أن لو كان عبدًا. **لهم**: أن التسمية لا يتعلق بها حكم مع التعيين والإشارة، فكأنه قال: "سابقتك على هذا الحر"، ولهذا قالوا في النكاح إذا تزوجها على عبد فوجدتْه حرا: إن لها مهر المثل، لأن التسمية سقطت والنكاح لا يخلو من بدل فوجب مهر المثل، وليس كذلك في مسألتنا لأن السبق يخلو من عوض. **لأبي يوسف**: أن استحقاق العبد لرقبته كاستحقاق الغير له، ولو استحقه أجنبي وجبت قيمته كذلك هذا.

ولو وجده مدبرًا أو مكاتبًا أو ابن أم ولد فعليه القيمة في قولهم. وقال زفر: لا شيء عليه. **لنا**: أن المدبر والمكاتب وأم الولد يدخلون في العقد؛ بدلالة أن حاكمًا لو حكم بتمليكهم جاز. وإذا دخلوا في العقد ثم خرجوا لعدم الإجازة صاروا كالعبد المستحق. **لزفر**: أن هؤلاء ليسوا بمال فصاروا كالأحرار.

ولو تسابقا على مئة درهم إلا دينار [١٢٢ظ] جاز، وحط من المئة قيمة الدينار. وقال محمد: لا يجوز. **لنا**: أن السبق يصح مع جهالة البدل بدلالة أنه لو سابقه على عبد غير موصوف جاز، وما جاز مع الجهالة صح استثناء الدينار من الدراهم كالإقرار. **لمحمد**: أن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز، فيصير البدل [مجهول][1] فلم يصح.

* * *

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: مجهولًا.

كتاب الإقرار

[أقر لأحد رجلين بعبد]

[٥٠١.] **مسألة** قال أبو يوسف فيمن أقر لأحدِ رجلين بعبد: فلهما أن يصطلحا على أخذه، فإن لم يصطلحا وحلف لكل واحد منهما: ليس لهما أن يتفقا على أخذه. وقال محمد: لهما ذلك. وهو قول أبي يوسف الأول.[١]

لأبي يوسف: أن اليمين قد حصلت لكل واحد منهما، فلم يجز أخذ العين مع اليمين؛ لما في ذلك من الجمع بين موجب الإقرار واليمين، وهذا لا يصح. **أصله**: إذا أقر المدعى عليه بشيء لم يستحلف. ولأنهما خُيِّرا في الابتداء بين الأخذ والاستحقاق، فلو اصطلحا على الأخذ لم يثبت اليمين، كذلك إذا اختار اليمين لم يثبت الأخذ. ولأن اليمين إذا حصلت لم تبطل إلا ببينة على الاستحقاق أو اعتراف، ولم يوجد واحد منهما.

لمحمد: أن اليمين وقعت على غير ما حصل به الإقرار؛ ألا ترى أنه أقر به لغير معين واستحلف لمعين، واليمين إذا وقعت على غير ما وقع به الإقرار لم يبطل الإقرار. ولأنا تيقنا كون العبد لأحدهما، ولهذا لو اصطلحا على أخذه ابتداء كان لهما ذلك، وإنما يلتمسان باليمين الزيادة، فلا يجوز أن يثبت بها النقصان عما كان لهما قبلها.

١ انظر: **الأصل**، ١٩٠/٨.

[الإقرار بغصب دار]

[٥٠٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال: "غصبت دار فلان" ثم قال: "هي الدار التي في يد زيد" وزيد ينكر: لم يضمن المقر شيئًا. وقال محمد: يضمن قيمة الدار. وهذا قول أبي يوسف الأول. وهذه فرع على اختلافهم في ضمان العقار بالغصب، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يضمن، [١٢٣و] فلم يلزم المقر شيء بتعذر الرد. وعند محمد: يضمن بالغصب فتلزم القيمة.[١]

[الإقرار بغصب ثوب في عشرة أثواب]

[٥٠٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "غصبت ثوبًا في عشرة أثواب" لزمه ثوب واحد. وقال محمد: يلزمه أحد عشر ثوبًا.[٢]

لأبي يوسف: أن العشرة الأثواب لا تكون في العادة ظرفًا لثوب، وما لا يصح أن يكون ظرفًا يبطل حرف الظرف فيه، كمن قال: "لفلان عليَّ درهم في درهم". **لمحمد**: أن الواجب حمل الكلام على الصحة ما أمكن، ويجوز أن تكون العشرة الأثواب ظرفًا لثوب بأن يجعل في وسطها، وإذا أمكن تصحيح الإقرار من هذا الوجه صار كقوله: "في ثوب" أو "في منديل".

[إقرار المفاوض]

[٥٠٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر أحد المتفاوضين بكفالة مال جاز ولزم الآخر. وقالا: لا يلزمه. **وهذا فرع على اختلافهم** في لزوم الكفالة، **فعند أبي حنيفة**: كفالة أحدهما تلزم الآخر؛ لأنها تمليك مال بمال كالقرض، وإذا كان ذلك من مقتضى

---

١ انظر: **الأصل**، ١٩٠/٨.

٢ انظر: **الأصل**، ١٩٢/٨.

المفاوضة صح إقراره، ولزم الشريك كالبيع. **وعلى قولهما**: لا يلزم أحدهما كفالة الآخر؛ لما فيها من معنى التبرع، وإذا لم يكن من موجب العقد لم يلزمه بالإقرار.[١]

وقد قال أبو حنيفة: لو قال أحد المتفاوضين لرجل: "ما كان لك على فلان فهو عليَّ" فمرض الكفيل، وقضي على فلان بألف: فإنه يلزمهما. وقالا: يلزم المقر في جميع ماله دون شريكه.

وهذا فرع على ما قدمنا أن الكفالة من موجب المفاوضة، فلا فرق بين أن يُطْلقها أو يُعلِّقها بشرط. وإنما لزمت في جميع المال لأنها تعلقت بعقد في حال الصحة، فكأنها وجبت عند العقد. **ولا يلزم على هذا**: إذا كفل أحد المتفاوضين في مرض الآخر أنه يلزم المريض الثلث، وإن كان موجب المفاوضة وهي في حال الصحة؛ وذلك لأن عقد المفاوضة مقتضاه الكفالة وليست موجبة به؛ ولهذا لا يلزم إلا بتجدد عقد. وفي مسألتنا لزوم المال موجب بقوله: "ما ذاب لك على فلان"[٢] وهذا يلزم من غير تجدد كفالة.

[الإقرار للحمل]

[٥٠٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أقر لحمل [١٢٣ظ] امرأةٍ إقرارًا مطلقًا لم يصح إقراره حتى يضيفه إلى جهة يصح ثبوت الدين للحمل منها، كالوصية والميراث. وقال محمد: يجوز ذلك.[٣]

لأبي يوسف: أن الحمل يصح الإقرار له من وجه دون وجه؛ ألا ترى أنه لو قال: "أوصى له فلان" أو "ورث من فلان" جاز، ولو قال: "باعني" أو "أقرضني" لم

---

١ انظر: **الأصل**، ٣١١/٨.

٢ أي: وجب لك.

٣ انظر: **التجريد**، ٧/ ٣٢١٠.

يجز، فصار كدابة فلان التي يصح الإقرار لها من وجه، وهو أن يقول: "أوصى فلان بعلفها"، ولا يجوز في غير ذلك، فلم يجز الإقرار لها مطلقًا. ولأن حقوق الحمل تقف على الولادة بدلالة الميراث والوصية، والإقرار لا يقف على شرط. **ولا يلزم إذا قال**: "أوصى له فلان"؛ لأن هذا ليس بإقرار للحمل، وإنما هو إقرار لورثة الموصي، بدلالة أنه لو ولد ميتًا وجب تسليم المال إليهم. **لمحمد**: أن الإقرار يجب حمله على الصحة، فما أمكن حمله على ذلك كان أَوْلى.

[ما يكون إقرارًا بقبض ما أقر به وما لا يكون]

[٥٠٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر أنه باع وقبض الثمن، أو وهب وأقبض، ثم زعم أنه لم يقبض الثمن ولا سلَّم الهبة: لم تكن عليه يمين. وقال أبو يوسف: يستحلف للمقر له استحسانًا.[١]

لهما: أن الإقرار بالقبض قد حصل وذلك ينافي الدعوى الثانية ويكذبها، فلم تقبل دعواه مع تكذيبها لها. ولأن هذا يخرج الإقرار من أن يكون حجة؛ ألا ترى أن من أقر ببراءة جاز أن يقول: "أبرأت بعوض"، وإذا كان في ذلك إبطال حكم الإقرار لم يجز. **لأبي يوسف**: أن الإنسان قد يقر في العادة بقبض الثمن قبل قبضه، فإذا ادعى ذلك جاز أن يكون الأمر على ما قال، فوجبت اليمين.

[الخيار في الإقرار بالكفالة]

[٥٠٧.] **مسألة** قال محمد في كتاب الإقرار: إذا زعم أنه "تكفل لفلان بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام" وادعى الطالب "أنه تكفل له بغير خيار": فالمال لازم له، وبطل الخيار. **وهذا على الرواية التي تقول**: إن من اعترف بالبيع وشَرَط الخيار لم يقبل قوله. فأما على الرواية التي صدقه في الخيار في البيع كذلك الكفالة. **وعلى قول أبي يوسف**:

١ انظر: **الأصل**، ٨/٣٤٣؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٠و.

إن كان في المجلس فالقول [١٢٤و] قول من يدعي الخيار، وإن تفرقا فالقول قول من ينفي الخيار، كذلك الكفالة.[١]

[الإقرار بعدد مجهول]

[٥٠٨.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "لفلان علي عشرة في عشرة" لزمه عشرة واحدة. وقال زفر: مئة.[٢]

لنا: أن العشرة لا تتضمن مئة إلا بضم عدد إليها ليس بمذكور في لفظه، فلم يجز إلزامه. ولأن "في" قد تذكر على وجه الشرط، وذلك لا يصح في الإقرار. وقد تذكر بمعنى "مع" كقوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر، ٢٩/٨٩]. وقد تذكر بمعنى "على" كقوله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمۡ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخۡلِ﴾ [طه، ٧١/٢٠]. وقد تذكر بمعنى "الظرف"، وذلك لا يصح في الدراهم. وقد تكون بمعنى "الضرب والحساب"، وذلك في الحقيقة يتأتى فيما له مساحة. فأما الأعداد فلا مساحة لها فلا يصح فيها الضرب، وإنما تذكر على وجه التشبيه بما له مساحة، فتقديره كأنه قال: "عشرة إذا ضمت إلى أمثالها"، وهذا لم يتضمنه الإقرار.

لزفر: أن قوله: "عشرة في عشرة" في العادة عبارة عن "مئة" فصار للمئة عبارتان، فيلزمه بأحدهما ما يلزمه بالأخرى.

[الاستدراك في الإقرار]

[٥٠٩.] **مسألة** قال أصحابنا: إذا قال: "لفلان علي ألف لا بل ألفان" لزمته ألفان استحسانًا. وقال زفر: ثلاثة آلاف وهو القياس.[٣]

---

١ انظر: **الأصل**، ١٩٨/٨.

٢ انظر: **الأصل**، ٥٣٣/٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٠ظ.

٣ انظر: **الأصل**، ٤٢٤/٥؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٢و.

لنا: أن الإقرار إخبار؛ بدلالة أنه لو لم يكن في الأصل ما يخبر عنه لم يستحق بالإقرار شيء، والمخبر عنه قد يخبر عنه ثانيًا وثالثًا، فاحتمل أن تكون الألف الأولى داخلة في الألفين، واحتمل أن تكون غيرها، فلم نثبتها بالشك. ولأن "بل" للاستدراك، وفي العادة أن الإنسان يستدرك بالأقل ليرجع عما أقر به، فلما استدرك بالأكثر دل على صدقه، وأن المال هو الجملة الثانية. **ولا يلزم إذا قال**: "أنت طالق واحدة لا بل اثنتين"، لأن الطلاق إيقاع وليس بإخبار؛ بدلالة أنه يقول بهذا القول وإن لم يتقدمه موقع، والموقَع لا يقع ثانيًا فعُلِم أن الطلاق الثاني غير الأول. **ولا يلزم إذا قال**: "له علي عشرة دراهم لا بل دينار" لأن أحد الجنسين لا يدخل في الآخر، فالظاهر [١٢٤ظ] أنه غير الإقرار الأول.

لزفر: أنه أقر بألف. وقوله: "لا" للرجوع، و"بل" للاستدراك، فرجوعه عما أقر به لا يصح، واستدراكه يصح فيلزمانه جميعًا.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: "له علي ألفان لا بل ألف" لزمه ألفان عندنا، وقال زفر: ثلاثة آلاف. **لنا**: أن الظاهر أنه رجع عن بعض ما أقر به فلم يجز أن تلزمه زيادة عليه. **وزفر يقول**: رجوعه لا يلزمه، واستدراكه يلزمه.

وعلى هذا إذا قال: "له علي مئة جياد لا بل زيوف" لزمه مئة جياد. وقال زفر: يلزمه مائتان. **لنا**: أنه استدرك في الصفة، فلا يقبل تكرار الموصوف، كقوله: "رأيت زيدًا قائمًا لا بل قاعدًا".[١]

وعلى هذا إذا قال: "له علي ألف من ثمن غلام لا بل من ثمن جارية" لا يلزمه إلا ألف واحد؛ لأنه استدرك في الصفة. وقال زفر: يلزمه ألفان.

---

١ انظر: **شرح مختصر الكرخي**، ٤٤٩ظ، ٤٥٠و.

وجملة هذا: أن الاستدراك يقع في القدر والصفة والجنس، فمتى وقع في القدر لزمه الأكثر، وإن وقع في الصفة لزمه أفضل الصفتين، وإن وقع في الجنس لزمه الجنسان.

[الإقرار في موطنين]

[٥١٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر بألف في موطن، ثم أقر بألف في موطن، فشهد على كل موطن شاهدان: لزمه ألفان. وقالا: ألف واحدة.[١]

لأبي حنيفة: أن الإقرار بالألف يقتضي ألفًا منكرًا، فإذا أقرَّ بألف آخر ونكَّره فالظاهر أنه غير الأول، ولو أراد الأول لعرَّفه، فلما لم يعرف لم ينصرف إقراره إليه، كما لو كانا في صكين. وهذا القياس في المجلس الواحد، وإنما استحسن: لأن الإنسان قد يكرر الإقرار في المجلس الواحد ليُفهِم الشهود، وهذا المعنى لا يوجد في المجلسين؛ لأن التوثق يكتفى فيه بالشاهدين في المجلس الواحد.

وقد روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن أقر لرجل عند القاضي بألف، فأثبتها في ديوانه، ثم أحضره بعد ذلك، فأقر بألف: لزمه ألف واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. **وهذا لا يلزم على ما قدمنا**؛ لأن من أقر عند القاضي [١٢٥و] ثم رُفِع إليه فالظاهر أنه يطالب بموجب ذلك الإقرار، فحمل إقراره عليه. قال بشر: وإن جاء بشاهدين على ألف وشاهدين على ألف لا يعلم أن ذلك في موضع أو موضعين: فهما مالان، إلا أن يعلم أن ذلك في موضع واحد. وهذا صحيح على ما قدمناه.

وقد قالوا في شاهدين شَهِدا على رجل بألف، وأقر عند القاضي بألف: إنها ألف واحدة. **وهذا صحيح**؛ لأن من شهد عليه بحق فأقر فالظاهر أن الإقرار يتناول ما تناولته الشهادة؛ بدلالة أن أربعة لو شهدوا على رجل بالزنا فأقر: سقط الحد، فعُلم أن ما أقر

---

١ انظر: **الأصل**، ٢١١/٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٣و.

به هو ما شهد به عليه، ولو حمل إقراره على زنا آخر لوجب أن لا يسقط الحد.

لهما: أن الإنسان قد يقر بحق ثم يكرره في مجلس آخر للزيادة في الشهود، كما يكرر في مجلس واحد لإفهام الشهود، وأحدهما كالآخر.

[الإقرار بالدراهم ثم يدعى أنها زيوف]

[٥١١.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر بمال من ثمن بيع أو قرض، ثم قال: "هو زيوف": لم يُصدَّق وَصَل أو قَطَع. وقالا: يُصدَّق إذا وَصَله بكلامه.[١]

لأبي حنيفة: أن عقد البيع يقتضي صحة المعقود عليه، بدلالة أن البائع لو قال: "بعت على أن المبيع معيب" لم يُصدَّق، فكذلك الثمن. ولأن العقد يقتضي تساوي المتعاقِدَين، فإذا لم يُصدَّق البائع فيما يدعيه من العيب كذلك المشتري. **ولا يلزم**: إذا أقر بحنطة رديئة من ثمن بيع أنه يصدق، لأنه الرداءة ليست بعيب وإنما هي نوع؛ ألا ترى أن المشتري إذا وجد الحنطة رديئة لم يكن له ردها. **ولا يلزم إذا قال**: "غصبت ألفًا زيوفًا"؛ لأن الغصب إيقاع فعل في عين لا يقتضي صحة المفعول، فكان القول قوله.

لهما: أنه أقر بثمن بصفة فكان المرجع إلى قوله فيها. ولأن استثناء الصفة كاستثناء القدر. ولو استثنى القدر ووصل قبل قوله، كذلك الصفة.

وقد ذكر في **الأصل**: أنه يصدق في الغصب وإن قَطَع. وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يصدق، وهو قول [١٢٥ظ] أبي يوسف، وقال: أصدقه في السرقة والغصب والوديعة إذا وَصَل.

وجه رواية الأصل: أن الغصب إيقاع فعل فلا يقتضي صحة الموقع فيه، فصدق بكل حال كالوديعة. وكما لو قال: "غصبت عبدًا" ثم جاء بعبد أعور. **وجه الرواية الأخرى**: أنه أقر بضمان مال في ذمته، فإذا رجع في الصفة صار كاستثناء القدر، فلا

---

١ انظر: **الأصل**، ٢١٣/٨، ٢١٤؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٤٩ظ، ٤٥٠و.

يصدق إذا فصل. وليس كذلك الوديعة؛ لأنه ليس بإقرار بمال في الذمة وإنما هو إقرار بعين في يده، فالقول قوله فيها. وأما إذا قال: "له علي عشرة أفلس من ثمن بيع" ثم قال: "هي كاسدة" لم يصدق عند أبي حنيفة وإن وصل؛ لأن كساد الفلوس عيب. وروي عن أبي يوسف مثل ذلك. وفرق بين الفلوس والزيوف، لأنه إذا ادعى الكساد فقد ادعى فساد المعقود عليه، ثم رجع فقال: يصدق إذا وصل. وهو قول محمد؛ لأن استثناء الصفة كاستثناء القدر.

[الإقرار بثمن مبيع وعدم قبضه]

[٥١٢.] **مسألة** قال محمد في **الإملاء**: إذا قال: "لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه" فقال البائع: "قد قبضته" فالقول قول البائع وصل أو قطع في قول أبي حنيفة وزفر والحسن. وقالا: إن وصل فالقول قول المشتري، وإن قال: "مِنْ غصب" فالقول قول البائع، وقد مضت هذه في البيوع.[١]

[الإقرار بنقد الثمن وعدم قبضه]

[٥١٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "نقدتني ألفًا" أو "دفعت إلي ألفًا ولم أقبضها" لم يقبل قوله موصولًا قاله أو منفصلًا. وقال محمد: يصدق إذا وصل، وإن لم يصل لم يقبل. **لأبي يوسف**: أن قوله: "نقدتني" كذلك مبالغة في الإقرار بالقبض؛ ألا ترى أنهم يقولون: "فلان يبيع بالنقد" إذا كان يبيع يدًا بيد، وإذا كان في العادة مبالغة في القبض لم يصدق في الرجوع. **لمحمد**: أن قوله: "نقدتني" إخبار عن فعل الغير، فصار كقوله: "أودعتني"، فلا يفيد القبض.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٢٤/٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٠و، ٤٥٠ظ. | والبيوع في المفقود من الكتاب.

[إقرار المريض باللقطة]

[٥١٤.] **مسألة** [١٢٦و] قال أبو يوسف: إذا أقر المريض بألف في يديه أنها لقطة، وليس له مال غيرها، فصدقه الورثة: تصدقوا بجميعها، وإن لم يصدقوه تصدقوا بثلثها. وقال محمد: إن كذَّبوه لم يتصدقوا بشيء.[١]

لأبي يوسف: أن قوله: "إنها لقطة" إقرار بها لمجهول، واعتراف بوجوب التصدق بها، والإقرار للمجهول لا يصح، والأمر بالصدقة يصح، فكأنه قال: "تصدقوا بها"، فيلزمه ذلك في الثلث. وليس كذلك الزكاة إذا أقر بأنها عليه؛ لأنه إذا لم يأمر بإخراجها سقطت بالموت، فلم يلزم الورثة إخراجها كما لو علم بوجوبها، واللقطة لا يسقط التصدق بها بموته؛ ألا ترى أنا لو علمنا أنها لقطة وجب التصدق بها.

لمحمد: أن اللقطة لا يجب التصدق بها، وإنما الملتقِط مخيَّر إن شاء تصدق وإن شاء أمسك، فلم يكن إخباره باللقطة أمرًا بالتصدق، فلم يلزمهم كالزكاة. ولأن الإقرار لا يصح لمجهول، والثواب لا يحصل للملتقط إلا بشرط البدل، وذلك لم يوجد. والثواب لصاحب اللقطة غير معتبر لجهالته، فسقط اعتبار وجوب الصدقة.

[إقرار المريض لوارثه وأجنبي]

[٥١٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقر لوارثه وأجنبي بألف، فجحد الأجنبي مشاركة الوارث، أو ردَّ الوارث الإقرار: لم يصح نصيب الأجنبي. وقال محمد: يصح نصيب الأجنبي. وإن لم يجحد الشركة لم يصح في قولهم.

لهما: أنه إقرار فاسد؛ بدلالة أن المريض لا يملك الإقرار لوارثه بوجه، والإقرار الفاسد لا يصح بفعل المقر له. أصله إذا قال: "بعتك بألف ورطل خمر" فقال المشتري:

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٢٩/٨؛ **نوادر المعلى**، ٨٩ظ.

"لم تذكر في العقد خمرًا". ولأن سقوط الشركة بالجحود كسقوطها بالبراءة، فكما لو أبرأ الوارث لم يصح الإقرار للأجنبي، كذلك إذا جحد الأجنبي. **ولا يلزم**: الوصية لوارثه وأجنبي؛ لأنها تتعلق بعين، فحق كل واحد منهما كالمنفرد. ولهذا لو باع [١٢٦ظ] نصيبه أو وهبه لم تثبت للآخر مشاركة، ولو قبض أحد الشريكين بعض الدين شاركه فيه الآخر.

لمحمد: أن الإقرار للأجنبي صحيح، وإنما تبطل شركة الوارث، فإذا جحد لم تحصل الشركة، فصح الإقرار. وأما إذا صدَّقه فقد أثبت الشركة بفعله، فصار مسقطًا لحق نفسه.

[إقرار المريض باستيفاء ديون الصحة]

[٥١٦.] **مسألة** المشهور عنهم أن المريض إذا أقر باستيفاء ديون الصحة: جاز. وحكى أبو بكر الرازي عن أبي الحسن عن أبي يوسف: أنه لا يصدق.[١]

لنا: أن حق الإقرار حقٌّ ثبت للآدمي حال الصحة، والمرضُ لا يُوجِب حجرًا في الحقوق الثابتة للأجانب، فلا يسقطها كما لا يسقط الرهن. ولأن بدل هذا الدين لم يتعلق به حق الغرماء حتى يثبت فيه جواز إقرار المريض للأجنبي، فصار حقهم أسبق. وليس كذلك دين المريض؛ لأن حقهم يتعلق بمبدله، فلا يملك إسقاطه بقوله. **لأبي يوسف**: أن الإقرار بالاستيفاء إقرار بدين، فلا ينفذ في حق غرماء الصحة، كالدين المبتدأ.

[٥١٧.] **مسألة** المشهور عنهم أن المريض إذا أقر باستيفاء دين على وارثه: لم يقبل قوله. وذكر أبو الليث عن أبي يوسف: أن إقراره مقبول. وفرَّق بين هذا وبين الإقرار له بدين.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٣٤/٨؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٤و، ٤٥٤ظ.

لنا: أنه محجور عليه في حق وارثه، وإقراره كإقرار الصبي والمجنون. ولأن ما يستوفيه يصير دينًا عليه، ثم يصير قصاصًا بماله، فكأنه أقر لوارثه بدين. **لأبي يوسف**: أن جواز الإقرار بالقبض حق ثبت للوارث بالمداينة، وذلك سابق لحق الورثة، وإذا كان حقه أسبق كان أولى. وهذه الرواية ضد قوله في المسألة الأولى.

[إقرار الوارث لآخر]

[٥١٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا مات الرجل وترك ألفًا، فقال رجل لوارثه: "لي على الميت ألف دين" وقال الآخر: "هذه الألف وديعة لي" فقال الوارث: [١٢٧و] "صدقتما": فالألف بينهما. وقالا: هو لصاحب الوديعة.[١]

لأبي حنيفة: أن الإقرار لهما معا، فلم يسبق الإقرار بالوديعة الإقرار بالدين فتساويا، كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة. وليس كذلك إذا أقر بالوديعة ثم بالدين؛ لأن الوديعة ملكت بالإقرار فصار مقرًا بالدين ولا تركة للميت. **ولا يقال**: إن الوديعة تتعلق بالعين والدينُ لا يتعلق بها؛ لأن دين الميت لا يتعلق بذمته ولا بذمة الوارث، وإنما يتعلق بالعين، ومتى تعلق الحق بالعين منع التمليك بالوديعة، وإن لم يكن ذلك الحق ملكًا، كالراهن إذا أقر أن العبد وديعة عنده. **ولا يجوز أن يقال**: إن الإقرار بالوديعة لو تقدم منع الاستحقاق بالدين، ولو تقدم الإقرار بالدين لم يمنع الاستحقاق بالوديعة، فكان الإقرار بالوديعة آكد لصحته في جميع الوجوه، وإذا وقعا معا صح الذي يصح بكل حال، كنكاح الحرة والأمة؛ وذلك لأن الوديعة إذا تقدمت كانت أولى لمعنى يعود إلى التقديم؛ ألا ترى أنها إذا تأخرت لم يكن أولى، لعدم هذا المعنى، فإذا وجدا معا فلم يوجد التقديم فتساويا.

لهما: أن الوديعة تتعلق بالعين، والدينُ لا تملك به العين، فصارت الوديعة أخص بالعين، فكانت أَوْلى.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥/٥٠٩؛ **شرح مختصر الكرخي**، ٤٥٦ظ.

وعلى هذا الخلاف: إذا خلَّف عبدًا فادعى رجل على الميت ألفًا وادعى العبد العتق، فقال الوارث: "صدقتما": عُتِق نصفه، وسعى للغريم في النصف. وقالا: العتق أولى. والوجه فيهما واحد.

[٥١٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا مات الرجل وترك ثلاثة آلاف[١] وثلاثة بنين فاقتسموها، وأخذ كل واحد ألفًا، ثم حضر رجل وادعى على الميت ثلاثة آلاف درهم، فصدقه الأكبر في جميعها، والأوسط في الألفين، والأصغر في الألف: أخذ من الأكبر جميع ما في يده، ومن الأوسط خمسة أسداس ما في يده، ومن الأصغر ثلث ما في يده. وقال محمد: يأخذ من الأوسط جميع ما في يده. والخلاف فيه خاصة.

لأبي يوسف: أن البنين تصادقوا [١٢٧ظ] على دين ألف فيتساوون في أدائها، فيؤخذ منهم أثلاثًا، وقد استوفى موجب إقرار الأصغر، فلا سبيل عليه. وقد تصادق الأكبر والأوسط على ألف آخر، فيتساويان فيها، وقد استوفى موجب إقرار الأوسط فلا سبيل عليه. وأما الأكبر فقد اعترف أنه لا ميراث له ولا لأحد من إخوته؛ لأجل الدين، فيصدق فيما في يده، فيأخذ المقر له ما بقي.

وجه قول محمد: أن الأكبر أقر أن جميع ما في يده مستحق، وأنه لا ميراث له فيسلمه ويكون عن الثلاثة آلاف؛ لأن هذا مضمون إقراره، فيكون عن كل ألف مثلها. ثم يجيء المقَر له إلى الأوسط فيقول: "أقررت لي بألفين سلِّمْ لي منها ثلثا ألف؛ لأني أخذت من كل ألفٍ ثلثها، فبقي ألف، وثلث ألف وليس في يدك وفاء بها" فيأخذ جميع ما في يده، فيحصل ثلث هذه الألف عن نفسها، وثلثاها عن الألفين التي في يدي صاحبيه؛ لأن هذا موجب الإقرار. وأما الأصغر فأقر بألف سلِّم ثلثها من الأكبر، وثلثها من الأوسط، فيأخذ منه ثلث الألف.

---

١ في الأصل: ثلاثة ألف.

قال أبو الحسن: قول محمد أصح؛ لأن أبا يوسف جعل ما يؤديه كل واحد من غير ما أقر به، ومقتضى الإقرار أن الحق مشاع في التركة. ومحمد جعل ما يؤديه كل واحد مأخوذًا مما لزم الثلاثة على حكم الإشاعة.

[الإقرار بالعروض بين رجلين بعينه وبغير عينه]

[٥٢٠.] **مسألة** المشهور عنهم أن أحد الشريكين في الدار إذا باع نصيبه منها من بيت بعينه: لم يجز. وعن أبي يوسف: أنه يجوز.[١]

لهما: أن بيع نصيبه من بقعة بعينها إلحاق ضرر بشريكه؛ ألا ترى أنه يقاسم المشتري في البيت، ثم يقاسم الشريك بقية الدار، وفي ذلك تفريق حقه بالقسمة، فلا يملك ذلك شريكه، كما لو قال: "قاسمني كل بيت على حدة". ولأنه تصرف في ملك مشتَرك يضر بالشريك فلم يجز، كما لو بنى حائطًا أو حفر بئرًا. **لأبي يوسف**: أنه مالك لنصف الدار، فله أن يعقد على جميع نصيبه، وعلى كل جزء [١٢٨و] منه كما لو باع بعض حقه مشاعًا.

[٥٢١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أوصى أحد الشريكين ببيت بعينه من الدار لرجل: قسمت الدار، فإن وقع البيت في نصيب الميت كان للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر ضرب الموصى له في النصف بذرعه، وضرب الورثة بما بقي من الدار. وقال محمد: إن وقع في نصيبهم أخذ نصفه، وإن لم يقع ضرب بنصف ذرعه.

لهما: أن القسمة من موجب الملك، فإذا أوصى بالبيت مع وجود سبب يقتضي التمليك -وهو استحقاق القسمة- صار كأنه علق الوصية بذلك. ولو قال: "إن ملكت هذا البيت بالقسمة فهو وصية لك" جاز، كذلك هذا. ولأن الوصية تمليك يتعلق بالموت كالميراث، فكما أن الوارث بعد القسمة يتعين حقه ويصير كأنه كان ملكًا

---

١ انظر: **الأصل**، ٨/٢٤٧.

للميت، كذلك الموصى به. **ولا يقال**: إن الوصية تمليك، فإذا وقع البيت في نصيب الشريك فكأن الموصي باع ما أوصى به؛ وذلك لأن القسمة فيها معنى التمييز، فمتى وقع في نصيبه فكأنه كان ملكًا له، ومتى وقع في نصيب شريكه فقد سلم للورثة بدله بعد صحة الوصية، فصار كما لو قتل العبد الموصى به، فأخذوا قيمته.

لمحمد: أن الموصي مالك لنصف البيت غير مالك للنصف الآخر، فصار كمن أوصى بمال غيره ثم ملكه.

[أحد الشريكين يقر بثالث]

[٥٢٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة أن الشريكين في الدار إذا أقر أحدهما بثالث فصدقه شريكه، وأقر برابع: إن المقر بالأرباع يعطي إلى المتفق عليه ربع ما في يده، ويقاسم المختلف فيه ما بقي في يده نصفين، ويضم المتفق عليه ما أخذ إلى ما في يدي الذي أقر به خاصة فيقتسمانه نصفين. وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة: أن المتفق عليه يأخذ من المقر بهما خمس ما في يديه، ويضمه إلى ما في يد شريكه فيقتسمانه نصفين، وما بقي في يد المقر بهما بينه وبين الذي انفرد به نصفين.[١]

لأبي يوسف: أن المقر يزعم أن الدار أرباعًا، وكل جزء منها كذلك، وفي يده جزء من الدار، فيجب [١٢٨ظ] أن يسلم إليه ربعه على حسب إقراره، وما بقي في زعمه أنه بينه وبين الذي انفرد به؛ ليستوي حقهما فيه فيقسم نصفان، فعلى هذا يجعل ما في يده مال له ربع، ولما بقي نصف، وذلك ثمانية فتصير الدار ستة عشر سهمًا، في يد كل واحد ثمانية، يأخذ المتفق عليه من المقر بالأرباع سهمين فيضمهما إلى ما في يدي الشريك وهو ثمانية، فيصير عشرة، فيقتسمانها نصفين، وبقي في يد المقر بالأرباع ستة أسهم يقتسمها مع المختلف فيه لكل واحد منهما ثلاثة.

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٤٨/٨.

وأما محمد فقال: إن المقر بالأرباع في زعمه أن الدار تقسم أرباعًا، لكل واحد سهمان، فيضرب لنفسه سهمين، وللمختلف فيه سهمين. ويقول للمتفق عليه: "لك سهمان في يدي ويد شريكي، وقد صدقني شريكي فيما أقررت لك به في يده، فسقط عني، فبقي لك سهم واحد" فيضرب له به، فيعطيه خمس ما في يده، فتصير الدار عشرة أسهم في يد كل واحد منهما خمسة، يأخذ المتفق عليه من المقر بالأرباع سهمًا ويضمه إلى ما في يد الآخر فيقتسمانه نصفين، ويبقى في يد المقر بالأرباع أربعة أسهم يقسم عليها المختلف فيه نصفين.

وعلى هذا الخلاف: إذا مات الرجل وترك ابنين، فأقر أحدهما بثالث، فصدقه أخوه وأقر برابع. قال أبو الحسن: قول محمد أصح؛ لأن أبا يوسف ضرب للمتفق عليه بجميع حقه، ولا يجوز أن يضرب له بما سلم له من جهة الشريك فيستحقه مرتين.

[٥٢٣.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار بين رجلين فأقر أحدهما لرجل ببيت منها بعينه، فإن إقراره لا يجوز في الحال، وللمقر له أن يطالب بالقسمة، فإذا اقتسما فوقع البيت في نصيب المقر أخذه المقر له، فإن وقع في نصيب الآخر ضرب المقر له فيما أصاب المقر بذرع البيت، والمقر بنصف ما بقي من الدار: كان الدار مئة ذراع، البيت منها عشرة، فيضرب المقر له بعشرة، والمقر بخمسة وأربعين. وقال محمد: يضرب المقر له [١٢٩و] بنصف ذرع البيت خمسة أذرع، والمقر بخمسة وأربعين. وعن أبي يوسف: أن إقراره بنصف البيت جائز، ولا يحتاج إلى القسمة، وإنما لم ينفذ إقراره في الحال لأنه أقر ببقعة مشتركة، فإقراره في نصيب الشريك لا يجوز، وإقراره في نصيب نفسه لا ينفذ؛ لما في ذلك من الضرر على الشريك بتفريق نصيبه عند القسمة، فإذا وقف الإقرار كان للمقر له المطالبة بالقسمة؛ ليتوصل إلى تحصيل ما أقر له به، فإن وقع البيت في نصيب المقر سلمه؛ لأن من أقر بملك غيره ثم ملكه وجب عليه تسليمه

ونفذ إقراره فيه، وإن وقع في نصيب الشريك فقد سلم له عوض، وسلامة العوض كسلامة المعوَّض؛ ألا ترى أن من أقر لرجل بعبد فلم يقبل الإقرار حتى قتل وأخذت قيمته: استحق المقر له القيمة.

لأبي يوسف: أن إقرار المقر في نصيب نفسه جائز، والضرر بالقسمة إنما يكون في الثاني فلا يمنع من التصرف في الحال؛ لضرر يتأخر، كمن حفر بئرًا في ملكه جاز وإن أضر ذلك بملك جاره. لمحمد: أن إقراره في نصيب نفسه جائز، وفي نصيب شريكه باطل، فيجب أن يضرب بما صح إقراره به، ولا يضرب بما بطل فيه إقراره.

[الإقرار بنخلة]

[٥٢٤.] **مسألة** روى هشام عن محمد فيمن باع نخلة: دخل ما تحتها من الأرض. وعن أبي يوسف: أنها لا تدخل. ولو أقر بنخلة: دخل ما تحتها في قولهم.[١]

لمحمد: أن النخلة عبارة عن شجرة ثابتة فلو لم يجعل له الأرض كان بائعًا لخشبة، وهذا خلاف ما وقع عليه البيع؛ ولهذه العلة إذا أقر بنخلة استحق أرضها. **لأبي يوسف**: أن البيع تمليك في الحال، وهو إنما ملَّكه الشجرة دون أرضها، فلا تدخل الأرض من غير تسمية. وليس كذلك الإقرار؛ لأنه ليس بتمليك، وإنما هو إخباره عن ملك سابق، وثبوت يد المقر له على النخلة ثبوت يد على مكانها، فكان أحقَّ بما ثبتت يده عليه.

[الإقرار بالشرك]

[٥٢٥.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أقر له بشرك في هذه الدار فله النصف. وقال محمد: يرجع إلى إقرار المقر.[٢]

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٥٨/٨؛ **نوادر المعلى**، ٢٢ظ، ٩٠ظ.

٢ انظر: **الأصل**، ٢٨٩/٨، ٢٩٠.

لأبي يوسف: أن الشرك [١٢٩ظ] والشركة يُعبَّر بهما عن المساواة، وأحدهما كالآخر. ولو قال: "له شركة" استحق النصف، كذلك الشرك. **لمحمد**: أن الشرك عبارة عن النصيب، ومنه قوله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر، ٤٠/٣٥]، وقوله: ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾ [سبإ، ٢٢/٣٤] فكأنه قال: "له نصيب فيها" فلا يختص بالنصف.

[الإقرار بسهم]

[٥٢٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "لفلان سهم من هذه الدار" كان له السدس. وقالا: البيان إلى المقر.[١]

لأبي حنيفة: ما روي أن النبي عليه السلام أعطى الموصى له بسهمٍ السُّدسَ. وعن ابن مسعود أن: «السهم عبارة عن السدس»،[٢] ومثله عن إياس بن معاوية،[٣] وإذا كان هذا موضوعَ اللغة حُمِل عليه. **لهما**: أن "السهم" و"الجزء" و"النصيب" يُعبَّر بها عن معنى واحد، فإذا لم يختص أحدهما بمقدار كذلك الآخر.

[إقرار الرجل بما اقتضاه من آخر]

[٥٢٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال المسلم: "أخذتُ مالك وأنا حربي" وقال المقر له: "بل أخذته بعد إسلامك" لم يُصدَّق المقر ويضمن. وقال محمد: إذا كان عينًا ردها، وإن كان مستهلَكًا صُدِّق.[٤]

لهما: أن أخذ الحربي لمال المسلم جناية من جميع الجهات؛ بدلالة أنه ممنوع

---

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٥٢١؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ١٦٣/٤.

٢ **مسند أبي حنيفة** لابن خسرو، ٣١٨/١ (٢٤٧).

٣ **مصنف ابن أبي شيبة**، ١٥٩/١٦ (٣١٤٤٥).

٤ انظر: **الأصل**، ٣٠٩/٨.

منه، ومن اعترف بجناية في مال غيره ثم ادعى تاريخًا متقدمًا لا يعلم إلا بقوله ليسقط به الضمان: لم يُصدَّق. وعلى هذا إذا باع عبدًا وزعم أنه قطع يده قبل البيع، وقال المشتري: "بل قطعت يده بعد البيع" فالقول قول المشتري؛ لأنه اعترف بجناية على المشتري فلم يُصدَّق في التاريخ ليسقطها.

لمحمد: أنه أضاف الإقرار إلى حالٍ تيقنًا وجودها، وتلك الحال لا يلزم فيها ضمان، فصار كقوله: "أقررت لك وأنا صبي".

[الإقرار بالاستفهام]

[الإقرار بأحد شيئين]

[٥٢٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "لفلان عليَّ ألف درهم أو [هذا][١] الحائط" لزمه. وقالا: لا يلزمه.

لأبي حنيفة: أن الحائط لا يثبت له دين بوجه، فلم يجز أن يكون ذكره على وجه التخيير، ولا على وجه الشك، [١٣٠و] فلم يبق إلا أن يكون لغوًا فسقط حكمه، وبقي الإقرار بحاله. **لمحمد**: أن "أو" موضوعة للشك أو للتخيير، فصار كقوله: "لفلان علي ألف أو لا شيء".[٢]

[الاستدراك في الإقرار]

[٥٢٩.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "هذه الألف وديعة لفلان لا بل لفلان" فسلمها إلى الأول بقضاء لم يضمن. وقال محمد: يضمن.[٣]

---

١ في المخطوط: لهذا، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر **الأصل**: ، ٢٦٣/٨.

٣ انظر: **الأصل**، ٥١٠/٥، ٤٢٤/٨.

لأبي يوسف: أن مجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان؛ بدلالة أن من قال لغيره: "اهدم هذه الدار" فهدمها لم يضمن، وليس كذلك إذا سلمها؛ لأنه وجد منه فعل في ملك غيره فيتعلق به الضمان. **لمحمد**: أنه منع الحفظ فيها بالإقرار، والمودَع إذا ضيَّع الحفظ في الوديعة ضمن، كما لو ألقاها في الطريق.

[٥٣٠.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "لفلان علي ألف وإلا لفلان" لم يلزمه شيء. وقال محمد: الألف للأول.

لأبي يوسف: أنه إقرار بعد ما أقر، ولا يكون تأكيدًا له؛ لأن الإقرار لا يؤكد بمثله، فلم يبق إلا أن يكون شكًّا، فكأنه قال: "لفلان أو لفلان". وليس كذلك إذا قال: "وإلا فعبدي حر"، لأن هذا جواب وشرط فهو يمين، وذلك مما يؤكد به الإقرار فحمل على معنى التأكيد.

لمحمد: أن هذا يذكر على طريق التأكيد، فصار كقوله: "وإلا فعبدي حر". ولأنه أقر للأول وأثبت للثاني شرطًا لا يكون للأول، وهو لا يملك الرجوع عن الأول فلم يثبت للثاني، فإذا لم يثبت بقي الأول بحاله.

[إقرار المريض لامرأته فطلقها قبل الدخول فتزوجها]

[٥٣١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقر المريض لامرأته ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها ومات: لم يصح إقراره. وقال محمد: يصح.[١]

لهما: أن الإقرار وقع مراعى؛ لأنه حصل لوارث في مرض اتصل به الموت، وهي كذلك، فصار كما لو أقر لابنته. ولأن الإقرار في حال المرض وقع مع وجود التهمة فلا يؤمن أن يكونا توصلا بالطلاق إلى تصحيح الإقرار والجمع بينه وبين الميراث، والإقرار إذا حصل مع التهمة لم ينفذ.

١ انظر: **الأصل**، ٢٧٩/٨.

لمحمد: أنه لما طلقها صارت [١٣٠ظ] أجنبية لو أقر لها ابتداء جاز، فصح الإقرار الأول، ولم يبطل بالتزويج، كمن أقر لأجنبية ثم تزوجها. **وهذا ليس بصحيح**؛ لأن الإقرار للأجنبية حصل مع عدم التهمة فلا يثبت مراعى، فلم يعتبر ما يطرأ عليه. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الإقرار وقع مع وجود التهمة، فجاز أن يقف على ما يطرأ في الثاني.

[الاستثناء في الإقرار]

[٥٣٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقر بما يثبت في الذمة واستثنى منه ما يثبت في الذمة بنفسه: جاز وإن كان من غير جنسه. وقال محمد: لا يجوز.

لنا: أن الاستثناء من غير الجنس سائغ في اللغة، قال الله تعالى: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [الحجر، ١٥/٣٠-٣١]، وقال: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝ إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا سَلَٰمًا﴾ [الواقعة، ٥٦/٢٥-٢٦]. وأنشد:

وَبَلْـدَةٍ لَيْـسَ بِهَـا أَنِيـسُ   إِلَّا الْيَعَافِيـرُ وَإِلَّا الْعِيـسُ[١]

وقال:

... وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ
إِلَّا أُوَارِيُّ ...[٢]

١ وهو من شواهد سيبويه في **الكتاب**، ١/١٥٨.

٢ وهو من قول النابغة الذبياني:

«وقفتُ فيها أُصيلانًا أُسائِلُها،   عَيّتْ جوابًا، وما بالرَّبعِ من أحدِ
إلاّ الأواريَّ لأيًــا مـا أُبَـيِّــنُــهَـا،   والنُّؤي كالحَوْضِ بالمظلومةِ الجَلَدِ»،

ديوان النابغة الذبياني، ١٤، ١٥.

وإذا ساغ ذلك في اللغة جاز حمل الإقرار عليه. **ولا يقال**: إن "إلا" هاهنا بمعنى "لكن"؛ لأنه لو كان كذلك لوجب إذا قال: "له علي ألف درهم إلا دينار" يلزمانه جميعًا، وهذا لا يقوله محمد. ولأنه لو قال: "بعتك هذا العبد بألف درهم إلا دينار" لم يصح البيع بالاتفاق، فلو كان الاستثناء يبطل لكان بائعًا بألف ولم يفسد البيع. ولأن قيمة الدينار داخلة في الدراهم من طريق المعنى، والاستثناء يجوز أن يقع فيما هو من معنى الكلام، كقوله: "أعط فلانًا إلا في مكان كذا". **ولا يقال**: فجوّزوا استثناء الثوب ويكون استثناء قيمته من ذلك؛ لأن الثوب لا يثبت في الذمة بنفسه إلا مؤجلًا أو بعقد يقتضي التخيير بينه وبين غيره كالخلع، واستثناؤه مطلقًا لا يقتضي ثبوت هذه المعاني، فلم يجز أن يضم إلى إقراره ما لم يتضمنه.

لمحمد: أن الاستثناء يُخرِج من الكلام ما لولاه لدخل فيه، [١٣١و] وهذا لا يوجد في غير الجنس.

[استثناء الكل من الإقرار]

[٥٣٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "لفلان علي ألف إلا خمسمئة وخمسمئة" لزمه الألف؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: "لفلان علي ألف إلا ألف". وقال زفر: يلزمه خمسمئة، لأن استثناء الخمسمئة صحيح لو اقتصر عليه، فلما ضم إليه الخمسمئة الأخرى لم يصح استثناء الباقي، فبطل الثاني وصح الاستثناء الأول.

وقد قال أبو يوسف: إذا قال: "لفلان علي خمسمئة وخمسمئة إلا خمسمئة" لزمه خمسمئة؛ لأن الواو للجمع فكأنه قال: "علي ألف إلا خمسمئة". وقال زفر: لا يصح الاستثناء؛ لأنه أفرد كل واحد من الجملتين ثم استثنى إحدى الجملتين: فلم يصح.

[٥٣٤.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "لفلان علي كر حنطة وكر شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير" بطل الاستثناء، ولزمه الكرّان. وقالا: استثناء القفيز جائز.[١]

---

١ انظر: **الأصل**، ٢٨٤/٨.

وجه قول أبي حنيفة: أن قوله: "إلا كر حنطة" ليس باستثناء؛ لأنه يتناول كل الجملة، فصار لغوًا، واللغو متى حصل بين الإقرار والاستثناء لم يعمل الاستثناء كسائر أنواع الكلام. وليس كذلك إذا قال: "أنت طالق رجعية إن شاء الله" إن قوله: "رجعية" لا يحتاج إليه مع ذكر صريح الطلاق ومع ذلك لا يفصل؛ لأنها صفة، والصفة لا تفصل بين الموصوف وبين الكلام.

لهما: أن الكلام جملة واحدة معطوف بعضها على بعض، فلم ينفصل الاستثناء الثاني عن الإقرار، فرجع إليه، واستثناء الأول بطل؛ لأنه رجوع وليس باستثناء.

[الاستثناء بإن شاء الله]

[٥٣٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا كتب صكًا وقال في آخره: "إن شاء الله" رجع إلى جميعه. وقالا: يرجع إلى ما يليه.[١]

لأبي حنيفة: أن الكلام معطوف بعضه على بعض بواو العطف، فإذا عقبه الاستثناء رجع إلى جميعه، وإن كان جُمَلًا مختلفة كقوله: "أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله".
لهما: أن الصك كتب للتوثق، والإنسان لا يتوثق بالشيء ويبطله بآخره، فعُلِم أنه لم يُرِد رجوعه إلى جميع الصك، فرجع إلى ما [١٣١ظ] يليه.

[الشك في الإقرار]

[٥٣٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال: "لفلان علي ألف فيما أعلم": لم يلزمه. وقال أبو يوسف: يلزمه. ولو قال: "فيما أظن" أو "أحسب" بطل الإقرار في قولهم.[٢]

لهما: أن قوله: "فيما أعلم" يفيد الشك؛ بدلالة أن الشهود لو قالوا: "نشهد أن

---

١ انظر: **الأصل**، ٨/٢٨٦، ٢٨٧.

٢ انظر: **الأصل**، ٨/ ٢٨٨.

لفلان على فلان ألف درهم فيما نعلم" لم تقبل الشهادة. ولو قال الرجل: "ليس على فلان حق فيما أعلم" ثم أقام بينةً بدينٍ: قُبِلتْ، فدلَّ أن اللفظ يفيد الشك، فكأنه قال: "له عليَّ ألف فيما أظن". **ولا يقال:** إن الشهادة يعتبر فيها ما لا يعتبر في الإقرار؛ بدلالة أنها لا تصح في المجهول، وذلك لأنها قد تصح في المجهول إذا قالوا: "نشهد أنه أقر لفلان بحق". **ولا يقال:** إن قوله: "ليس لي على فلان شيء" نفي، فالإنسان لا يحيط علمه بالنفي، فلذلك حُمِل اللفظ على الشك، وقد يحيط علمه بالإثبات فلا يحمل على الشك؛ لأنه يبطل بالشهادة، لأن علم الإنسان يحيط بما يشهد به، ثم لم تقبل الشهادة وحمل اللفظ على الشك. **ولا يلزم** إذا قال: "فيما علمت"؛ لأنه إضافة إلى علم موجود، وهذا تأكيد للإقرار، ولهذا لا يؤثر في الشهادة.

لأبي يوسف أن قوله: "فيما أعلم" بمنزلة قوله: "فيما علمت"، فإذا لم يُبطِل أحدهما الإقرار كذلك الآخر.

[دخول الغاية في لفظ الإقرار]

[٥٣٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "علي من درهم إلى عشرة" لزمه تسعة. وقال زفر: يلزمه ثمانية. وقال أبو يوسف ومحمد: عشرة.[١] وقد بيَّنَّا هذه المسألة، وذكرنا أن الابتداء يدخل في قولهم، إلا زفر. والغاية لا تدخل عند أبي حنيفة وزفر، وتدخل في قولهما. وإنما جعلنا الغاية درهمًا ولم نجعلها أقل منه؛ لأن العشرة عبارة عن جملة من عدد الدراهم، فالغاية تقع بواحد منها وهو الأقل، فلا تقع بما دون ذلك مما لا يعبر باللفظ عنه.

وقد قال أبو حنيفة [١٣٢و] فيمن قال: "لفلان عليَّ ما بين كر شعير إلى كر حنطة": لزمه كر شعير وكر حنطة إلا قفيز، ولم تجعل الغاية جميع الكر؛ لأن العادة أن الغاية

١ انظر: **الأصل**، ٢٩٢/٨؛ **المخارج**، ٦٥؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٩٩/٣-٣٠٣.

لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه، والكر عبارة عن جملة من القفزان، فوجب أن يعتبر الانتهاء إلى واحد منها. وقد حكي عن أبي الحسن أنه قال: إذا قال: "له علي من درهم إلى دينار" لم يلزمه الدينار. وهذا يوجب أن تكون الغاية أكثر الشيء.

[الإقرار بدراهم غير مسماة]

[الإقرار بدارهم كثيرة]

[٥٣٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "لفلان علي دراهم كثيرة" لزمه عشرة. وقالا: مائتا درهم. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثله.[١]

لأبي حنيفة: أن "الدراهم" فيما له عدد محصور أقلها ثلاثة وأكثرها عشرة، فإذا ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق ما يصلح له اللفظ. **لهما**: أن "الدراهم الكثيرة" في ظاهر الكلام ما خرج به الإنسان من حد الفقر إلى حد الغنى، وهذا لا يوجد إلا في مائتين. وقد ذكر في **الأصل**: إذا أقر بمال عظيم لزمه مئتان في قول أبي يوسف ومحمد،[٢] فيجوز أن يجعل في قولهما؛ لأن المستعظم في الشريعة ما يخرج به الإنسان من حد الفقر إلى حد الغنى. ويجوز أن تجعل عشرة في قول أبي حنيفة؛ لأنها مستعظمة، بدلالة تعلق القطع بها، وجواز كونها مهرًا. ومن أصحابنا من ألزم المقر ما يستعظمه مثله.

[الإقرار بكذا كذا درهم]

[٥٣٩.] **مسألة** قال في **الأصل**: إذا أقر بكذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر درهمًا، ولو أقر بكذا وكذا لزمه أحد وعشرون. وعن أبي يوسف في كذا وكذا: أحد عشر. وعن محمد في كذا وكذا: عشرون.[٣]

---

١ انظر: **الأصل**، ٨/٢٩٣.

٢ انظر: **الأصل**، ٨/٢٩٤.

٣ انظر: **الأصل**، ٨/٢٩٤.

وجه ما ذكره في الأصل: أن الواجب حمل الإقرار على مقتضى اللغة أو العادة، وقوله: "كذا كذا" ذكره بعد عدد تفسيره يقع بـ"درهمًا"، وأقل ذلك أحد عشر، وأكثره تسعة عشر، فيحمل على الأدنى؛ لأنه متيقَّن. وقوله: "كذا وكذا" عدد معطوف [١٣٢ظ] بواو العطف تفسيره يقع بـ"درهمًا"، وأقل ذلك أحد وعشرون درهمًا، وأكثره تسعة وتسعون فيحمل على الأدنى؛ لأنه متيقن.

لأبي يوسف: أن "كذا كذا" أحد عشر، والعطف لا يغير حكم الكلام، فيفيد ما يفيد من غير عطف.

لمحمد: أن "كذا" عدد يفيد عشرة؛ بدلالة أنهم قالوا في "كذا كذا": إن أحد العددين عشرة، فإذا عطف أحدهما على الآخر أفاد الثاني ما أفاد الأول.

[اختلاف قول المقر والمقر له]

[٥٤٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا قال: "أسكنت فلانًا داري" أو "أعرته دابتي ثم ارتجعت ذلك" فالقول قوله. وقالا: القول قول المقر له. **وعلى هذا الخلاف** إذا قال: "هذه الدار أودعتها فلانًا وأخذتها منه".[١] وفي **الجامع الصغير** إذا قال: "كانت هذه الدار عند فلان فقبضها" فإنه يردها على فلان، ولم يذكر خلافًا.

لأبي حنيفة: أن قوله: "أسكنته داري" إضافة الدار إلى نفسه، واعتراف أنه هو الموجب للمقر له اليد، والقول قوله فيما يزعم أنه تصرف فيه فيما في يده، فوجب أن يقبل قوله. وعلى هذا إذا قال: "كنت أودعته"، وليس كذلك قوله: "كانت وديعة عنده"؛ لأنه اعترف له باليد من غير أن يذكر أنه أوجبها، فلم تقبل دعواه بعد اعترافه باليد.

لهما: أنه اعتراف باليد للمستعير والمودع، ثم ادعاها لنفسه، فلم تقبل دعواه، كما لو اعترف بملك لغيره، ثم ادعاه لنفسه.

---

١ انظر: **الأصل**، ٨/٣٠٧.

[اختلاف قول المولى والعبد]

[٥٤١.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقر المولى بعد العتق أنه: "أخذ من عبده ألف درهم قبل العتق"، وقال العبد: "بل أخذتها بعد العتق": فالقول قول العبد. وكذلك لو قال: "قطعت يده قبل أن أعتقه". وقال محمد: القول قول المولى إلا فيما كان قائمًا بعينه فإن المولى يرده. وهو قول زفر، وقد مضت هذه المسألة.[1]

لهما: أن كل ما لا يجوز أن يكون في حال الرق إلا للمولى وهو مع ذلك [١٣٣و] مباح فالقول قول المولى فيه كالكسب، وما جاز أن يكون في حال الرق لغير المولى أو هو محظور على المولى حال الرق فالقول قول العبد فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

لهما: أن المولى لا يملك قطع يد عبده، ولا يملك الكسب إلا من جهته؛ لأنه إذا كان عليه دين لم يملكه فقد اعترف بجنايته، وادعى ما يوجب إسقاطها، فلا يقبل قوله، كمن قال: "فقأت عينك وعيني صحيحة ثم ذهبت عيني". **ولا يلزم**: إذا قال العبد بعد ما أعتق: "قتلت أباك وأنا عبد فلان"؛ لأنه اعترف بجناية يلزم المولى حكمها. ولأن الجناية يصح أن يضمنها المولى إذا كان العبد رهنًا، وكذلك يضمن الكسب إذا كان عليه دين مستغرق، فقد اعترف بما ظاهر الحال يقتضي ضمانه، وأضاف الاعتراف إلى حال يجوز أن يلزمه فيها الضمان فلم يسقط عنه. وليس كذلك الوطء؛ لأنه لا يضمنه مع بقاء الملك؛ ألا ترى أنه إذا وطئ المرهونة وهي ثيب لم يلزمه عقر، وكذلك لو آجر عبده الرهن[2] فأخذ غلته لم يلزمه ردها.

ومحمد يقول: أضاف الإقرار إلى حالة تيقناها، والضمان غير لازم فيها، فلم يلزمه ضمان، كالوطء والغلة.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٠٨/٨.

٢ وصورته في المخطوط: 

[الإقرار المفاوض]

[٥٤٢.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقر المفاوض لمن لا تجوز شهادته له: لم يصدق في حق شريكه. وقالا: يصدق.[١]

أبو حنيفة: بنى على أصله أن الوكيل لا يملك البيع من هؤلاء، والمفاوض وكيل، فلم يجز أن يثبت لهم دين يتعلق بالشركة، فلم يقبل إقراره. ولأنه متهم فيما يقر به لهم، فلم ينفذ إقراره في حق الغير، كإقرار المريض. **وعندهما**: يجوز بيعه منهم وشراؤه فكذلك إقراره، كالأجانب.

[الإقرار بالمضاربة]

[٥٤٣.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "هذه الألف مضاربة لفلان" ثم قال: "هي مضاربة لفلان" فادعى كل واحد منهما الألف وأنها مضاربة في يده بالنصف، ثم عمل المضارب في المال فربح: فإنه يدفع إلى الأول الألف ونصف الربح، ويدفع إلى الثاني مثل رأس المال [١٣٣ظ] ولا يضمن له من الربح شيئًا. وقال محمد: يضمن لكل واحد منهما ألف، والربح له يتصدق به.[٢]

لأبي يوسف: أنه لما أقر بالمضاربة للأول صار متلِفًا لها على الثاني، فضمنت بإتلافه، والضمان والربح لا يجتمعان، فبقي إقراره للأول من غير ضمان، فاستحق الربح. **ولا يقال**: إن اعترافه للثاني جحود للأول؛ لأن الاعتراف للثاني ليس بصريح جحود، وإنما يصير جحودًا إذا صح الإقرار، ولم يحكم بصحته فلم يصر جحودًا.

لمحمد: أن إقراره بالألف للثاني جحود لها في حق الأول، والجاحد غاصب، ومتى ضمن المضارب ثم تصرف فيه كان الربح له.

---

١ انظر: **الأصل**، ٣١١/٨؛ **شرح مختصر الطحاوي**، ٢٥٣/٣.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٢٤/٨.

[الإقرار بالدين الذي لا يلزم]

[٥٤٤.] **مسألة** روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة في المتبايعين إذا توافقا قبل العقد أنه تلجئة، ولم يذكرا ذلك حال العقد: أن البيع صحيح، إلا أن يتفقا أنهما قصدا التلجئة. وروى محمد عن أبي حنيفة: أن العقد تلجئة، إلا أن يتفقا أنهما أعرضا عن الشرط، وهو قولهما.[١]

لأبي حنيفة: أنهما عَقَدا عَقْدًا بشرائطه فما اتفقا عليه قبل العقد لم يذكراه فلم يتعلق به حكم، كما لو قدَّما على البيع شرطا فاسدا. ولأنهما لو تبايعا بألف ثم تبايعا بألفين كان البيع هو الثاني، وصار فسخًا للأول، وإن كان عقدًا تامًا [فلأن][٢] يكون العقد إبطالا للشرط أولى. **لهما**: أنهما اعترفا أنهما لم يقصدا العقد فصار كالهازلَين به.

وأما إذا اتفقا أن يُظهِرا الثمن ألفين، وقالا: "الثمن ألف" فالثمن ثمن العلانية **عند أبي حنيفة**؛ لأن صحة البيع تقف على التسمية، وقد سمَّيا ثمنًا صحيحًا فتعلق به العقد، وسقط ما تقدمه. **وهما يقولان**: لم يقصدا إلى الألف الزائدة، فكأنهما هزلا بذكرها.

وأما إذا اتفقا في الباطن على ألف، وتبايعا بمئة دينار: فالقياس عنده أن يكون البيع فاسدًا؛ لأن الثمن المذكور في الباطن لم يذكراه في العقد، وما ذكراه في العقد لم يقصداه، فبقي [١٣٤و] البيع بلا ثمن. إلا أنه استحسن فجعل الثمن ثمن العلانية طلبًا لتصحيح العقد. فأما في النكاح إذا اتفقا في السر على مهر وأظهرا مهرًا من جنس آخر فلها مهر مثلها؛ لأن المذكور في السر لم يذكراه في العقد، والمذكور في العقد لم يقصداه، فسقطا، وصحة النكاح لا تقف على تسميته، فكان لها مهر مثلها. وهذا التفريع يجيء على رواية محمد، فأما على رواية أبي يوسف: فالثمن والمهر ما ذكراه في العلانية.

---

١ انظر: **الأصل**، ٨/٣٢٦.

٢ وفي المخطوط: فلا، ولعل ما أثبت هو الصواب.

[اختلاف قول البائع والمشتري]

[٥٤٥.] **مسألة** قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال البائع: "قطعت يد هذا العبد خطأ قبل أن أبيعه" وقال المشتري: "بعد الشراء" فالمقر ضامن لقيمة اليد. وقال محمد: لا ضمان عليه. **وعلى هذا الخلاف** إذا قال أجنبي: "قطعت يد هذا العبد قبل أن تشتريه".[1]

وجه قولهما: أنه اعترف بالضمان في عبد على ملك المشتري فالظاهر أن الضمان له، ثم ادعى تاريخًا ينقل به الضمان إلى غيره فلم يصدق، كما لو قال: "أحلتك بالأرش". **لمحمد**: أن البائع أضاف الإقرار إلى حالة قد عُلِم وجودها، وتلك الحالة لا يثبت فيها الضمان للمشتري، فلم يحصل في موجب إقراره ضمان فلم يلزمه.

[اختلاف قول الموكل والوكيل]

[٥٤٦.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا وكَّله بشراء عبد بغير عينه ولم يدفع إليه الثمن، فقال الوكيل: "قد اشتريت هذا العبد لك" وقال الموكل: "اشتريته لنفسك": فالقول قول الموكل. وقالا: القول قول الوكيل. ولو كان دفع إليه الثمن فالقول قول الوكيل في قولهم.[2]

لأبي حنيفة: أن الظاهر أن الوكيل يتصرف لنفسه، وإنما يجعل تصرفه لغيره بدلالة، ولا دلالة في هذا الموضع، فلم يقبل قول الوكيل في إيجاب الضمان على الموكل من غير دلالة. **ولا يلزم**: إذا كان دفع إليه الثمن؛ لأنه مؤتمَن فيه فالقول قوله في إسقاط الضمان عن نفسه، وإن لم يقبل قوله في إيجاب الضمان على غيره. **ولا يلزم**: إذا كانت الوكالة بشراء عبد بعينه؛ لأن الوكيل لا يملك [١٣٤ظ] أن يشتريه

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٣٠/٨.

٢ انظر: **الأصل**، ٣٤٧/٨.

لنفسه فوقع الشراء [للموكل]. **ولا يلزم**: أحد الشريكين إذا أقر بالشراء؛ لأنه لا يملك أن يشتري لنفسه ما هو من شركتهما مع بقاء الشركة في قولهم، فصار كالوكيل بشراء عبد بعينه.

لهما: أنه يملك الشراء في الحال فيملك الإقرار به، كالوكيل بالبيع.

[الإقرار بنكاح]

[٥٤٧.] **مسألة** قال أبو حنيفة: إذا أقرت المرأة لرجل بنكاح فلم يصدقها حتى ماتت ثم صدقها: لم يجز. وقالا: يجوز. ولو أقر رجل لامرأة بنكاح فصدقته بعد موته: جاز في قولهم.[١]

لأبي حنيفة: أن تصديق الإقرار يحل محل الإجازة في العقد الموقوف؛ ألا ترى أن الاستحقاق يتعلق بذلك، ومعلوم أن الإجازة لا تصح بعد تلف المعقود عليه وزوال أحكام العقد، فكذلك التصديق. وليس كذلك إذا مات الزوج فصدقت المرأة؛ لأن التصديق يحصل مع بقاء أحكام العقد من العدة، وأحكام العقد أجريت مجرى نفس العقد، فجاز التصديق.

فإن قيل: فعلى هذا لا يجوز تصديقها بعد انقضاء عدتها. **قلنا**: لما ملكت التصديق بعد الموت لبقاء حكم النكاح صارت هذه الحالة حالة لجواز التصديق، فلم تختص كحالة الحياة. **فإن قيل**: المرأة إذا ماتت فحكم النكاح باق وهو الميراث، فصار بقاؤه كبقاء العدة. **الجواب**: أن الميراث لا يتعلق بسبب باق بعد الموت، وإنما تعلق بزوجية كانت، فلم يكن هناك حكم ثابت في الحال.

لهما: أن الزوج قد ثبت له حق في التصديق، فلا يبطل بالموت، كما لو أقر هو ثم

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٤٩/٨.

مات. **الجواب**: أن القياس أن لا يجوز التصديق إذا مات الزوج أيضًا، وإنما استحسنوا لما قدمنا، وموضع الاستحسان لا يقاس عليه.

[الإقرار بالكفالة]

[٥٤٨.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: لا تصح الكفالة إلا برضا المكفول له، فما لم يرض فللكفيل أن يرجع. وقال أبو يوسف: تقف الكفالة على إجازة الطالب، وليس للكفيل الرجوع، هذا قوله الآخر.

لهما: [١٣٥و] أنه عقد يتضمن الإيجابَ، والقبولُ يثبت به مال فلا يقف على غائب من المجلس، كالبيع. **لأبي يوسف**: أن الكفالة حق للمكفول له، وليس فيها حق عليه، فصارت كالإقرار، وهذه في الكفالة.

[الإقرار المأذون له]

[٥٤٩.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أقر المأذون أنه افتضَّ امرأة بأصبعه، حرةً أو أمةً: لم يلزمه شيء حتى يعتق. وقال أبو يوسف: يلزمه العقر في الحال.[١]

لهما: أنه إقرار بإتلاف جزء من الآدمي كفقء العين. ولأنه أقر بما يوجب العقر فصار كما لو قال: "وطئتها بشبهة". ولأنه جناية؛ بدلالة أنه لو تعدى إلى شيء آخر كان جناية، فصار كإقراره بسائر الجنايات. **لأبي يوسف**: أنه ضمان مال؛ بدلالة أن البينة لو قامت به بِيع فيه، فلم يُخيَّر المولى، فصار كالإقرار بإتلاف الأموال. **الجواب**: أن امتناع الدفع لا يدل على أنه ليس بجناية كجناية الحر. ولأنه في حكم الجناية من وجه، وإن لم يكن له حكمها من وجه؛ ألا ترى أن ما دون الموضحة جناية، وقد فارق الجنايات في أن العاقلة لا تتحمله.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٩/٨.

وأما إذا أقر أنه تزوجها فأذهب عُذْرتَها لم يلزمه شيء عندهما، لأنه أقر بالمهر فصار كوطء الثيب. والصحيح عن أبي يوسف: أن عليه المهر حرة كانت أو أمة، ذكره في بعض النسخ؛ لأن عنده أنه ضمان مال، بدلالة أن العبد لا يدفع به، وهذا تستوي فيه الحرة والأمة. وذكر في **الأصل**: إن كانت حرة لم يلزمه، ولو كانت أمة لزمه، وهو فرق لا يصح على أصله.

وقد ذكر في **الأصل**: بعد هذا الموضع إن كانت أمة فذهب بها من بيت مولاها إلى موضع آخر: فإن المولى بالخيار إن شاء طالبه بضمان الغصب، ضمنه في الحال، وإن شاء أن يضمنه بالوطء فلا شيء عليه حتى يعتق، وهذا قولهما. **وأما على أصل أبي يوسف**: فله أن يضمنه في الحال بالوطء. **وهذا فرع على ما قدمنا**: أن ضمان الوطء يجري مجرى ضمان الجناية على قولهما، وعلى قوله يجري مجرى ضمان الأموال.[١] وأما [١٣٥ظ] إذا كانت حرة فزوَّجت نفسها منه، أو أمة فزوَّجها مولاها فلا شيء عليه في الحال؛ لأنها أسقطت حق نفسها حين تزوَّجت به.

قال في **الأصل**: ولو أقر أنه وطئ أمة أو صبية حرة فأفضاها لم يلزمه شيء عندهما. وأما أبو يوسف فقال مثله إن كان البول لا يستمسك؛ لأن من أصله: أن الواجب الدية من غير مهر، وضمان الدية ضمان الجنايات. وإن كان البول يستمسك فقد أقر بالمهر وأرش الجناية وهو ثلث الدية، وأحدهما لا يتبع الآخر، وإقرار المأذون يجوز عنده بالمهر المتعلق بإتلاف العذرة؛ لأنه يجري مجرى إتلاف الأعيان، فيصير كأرش المستهلك.

وأما إذا اشترى جارية فأقر أنه ذهب بعذرتها، ثم استحقت: ضمن في قولهم؛ لأن هذا ضمان لزمه بحكم الشراء؛ بدلالة أنه لولاه لحُدَّ، فصار كالإقرار بالأموال.

---

١ انظر: **الأصل**، ٥٦٨/٨.

وأما إذا أقر المكاتب أنه أذهب عذرة جارية لزمه عند أبي حنيفة العُقْر مادام مكاتبًا، فإذا عجز لم يردُّه؛[١] لأن عنده أن هذا في حكم الإقرار بالجناية، **ومن أصله**: أن إقرار المكاتب بالجناية يلزمه مادام مكاتبًا، وإن عجز سقط قضى به القاضي أو لم يقضِ. **وعلى أصل أبي يوسف**: أنه كإتلاف المال فيلزمه في الحالين. **وعند محمد**: أنه كالجناية؛ إلا أن من أصله أن المكاتب إذا أقر بجناية فلم يقض به القاضي حتى عجز لم يلزمه، ولو قضى بها لزمته كسائر الديون.

وذكر بعد هذا إقرار المأذون بعد الحجر بدين وفي يده مال قال أبو حنيفة: لا يصح إقراره بالمال الذي في يده استحسانًا، وكان القياس أن يجوز، وهو قولهما، وهذا يختص بكتاب المأذون.

[الإقرار بالرق]

[٥٥٠.] **مسألة** قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كانت أمة في يدي رجل فقالت: "أنا مدبَّرة لفلان" أو "أم ولد" أو "مكاتبة" وصدَّقها فلان، وقال صاحب اليد: "أنت أمتي": فالقول [١٣٦و] قول صاحب اليد. وقال أبو يوسف: القول قوله استحسانًا.[٢]

وجه قولهما: أنها قد اعترفت بالرق وثبوت اليد عليها، وادَّعت استحقاق يد من هي في يده فلا تُصدَّق، كما لو قالت: "أنا أمة لفلان". ولأنها لما اعترفت بالرق ثم ادَّعت معنى حادثًا تعلق به زوال اليد لم يقبل، كما لو ادعت الكتابة عليه. **لأبي يوسف**: أنها ادَّعت حق الحرية، ولم تعترف بثبوت يد المالك عليها، فصار كما لو ادَّعت حرية الأصل.

وقد ذكر بعد هذا إذا قالت: "بأني كنت أمة لفلان فأعتقني" وصدَّقها فلان، وقال صاحب اليد: "هي أمة لي" فإنها حرة لا سبيل عليها. قال أبو بكر الرازي: هذا قولهم.

---

١ في الهامش: لم يلزمه. ظ

٢ انظر: **الأصل**، ٨/٣٦٥.

فأما على قول أبي يوسف: فلا شبهة لأنها لم تعترف بالرق. **وأما أبو حنيفة ففرَّق بين هذه المسألة وبين ما تقدم**: لأنها إذا قالت: "أعتقني" فلم تعترف بثبوت يد عليها في الحال، فصار كما لو ادعت حرية الأصل.

ومن أصحابنا من حمل هذه على الخلاف أيضًا قال في قول أبي حنيفة: إنها اعترفت بملك الأصل وادعت زواله فلا تُصدَّق، كما لو قالت: "أعتقتني أنت". قال في **الأصل**: ولو كان في يده غلام فقال: "أنا ابن فلان من أمته" وقال صاحب اليد: "أنت عبدي" فهو حر وأمه أمة لمن هي في يده. ولم يذكر خلافًا ثم أعاد المسألة فقال: هذا قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: هو عبد لمن هو في يده.[1]

لأبي حنيفة: أنه لما اعترف برق أمه فالظاهر أنه يرق برقها، فإذا ادعى النسب صار كدعوى حرية موقعة. **وأما أبو يوسف**: فبنى على أصله الذي قدمناه. **وفرَّق محمد بين هذه المسألة وبين تلك** فقال: العبد هاهنا ادعى حرية الأصل فلم يُصدَّق المولى عليه.

قال في **الأصل**: ولو قال الغلام: "أنا ابنك من أمتك هذه" وقال الرجل: "أنت عبدي" فهو عبد. قال [بعد][2] هذه المسائل [١٣٦ظ] وقال محمد: أستحسن أن أجعله حرًا.

لأبي حنيفة: أنه اعترف برق الأصل، وادعى ما يوجب حريته، فلم يقبل قوله. **ومحمد يقول**: إنه ادعى حرية للأصل، وكان القول قوله.

وقد أُلزِم على قول أبي حنيفة إذا قال الغلام: "أنا حر الأصل" وأمه أمة معروفة أن القول قوله وإن ادعى حرية حادثة. **ويجاب عن هذا**: أنه متى ادعى حرية الأصل فرِقُّ

---

١ انظر: **الأصل**، ٣٦٥/٨، ٣٦٦.

٢ في المخطوط: بعده، ولعل الصواب ما أثبت.

أمه لا يمنع حرية الأصل؛ لجواز أن تكون ولدت حرة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت، فلا يوجب رقها رقَ الولد. وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه لو قال: "أنا ابنك من أمتك" فإن الولد يُملَك بملكها إلا أن يكون هناك ما يقتضي حدوث الحرية.

[٥٥١.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا أقرت الحرة بالرق ولها زوج: لم تصدق على رق أولادها الموجودين. فأما ما ولدت بعد الإقرار لأكثر من ستة أشهر فهو رقيق. وقال محمد: هو حر.[١]

وجه قول أبي يوسف: أنها لما جاءت بولد لمدة حمل تام حُكِم بأنه لوطء حادث، والزوج متى وطئ مع علمه برقها فقد رضي باسترقاق الولد، فصار كمن تزوج بأمة. وليس كذلك ما ولدت قبل ذلك؛ لأن الزوج وطئ وهي في الظاهر حرة فلم يرض باسترقاق الولد. ولأنا حكمنا بالرق فيها، وولد الأمة يتبعها إلا أن يكون هناك غرور، ولم يوجد ذلك. ولا يختلفون أن طلاقها طلاق أمة، لأن الزوج يمكنه استدراك حقه في الامتناع من الإيقاع، وهذا المعنى موجود في رق الولد.

وجه قول محمد: أن الزوج استحق حرية الأولاد بالعقد فلا يملك إسقاط حقه من ذلك، كما لا يملك إسقاط حقه من نفس العقد، وكما لو أعتقت لم يثبت لها الخيار؛ لأن ذلك إسقاط حق يثبت بالعقد، وهذا [١٣٧و] المعنى موجود في رق الولد.

[الإقرار بعبدٍ]

[٥٥٢.] **مسألة** قال أبو يوسف: إذا قال: "لفلان عليَّ عبد" فصدَّقه فلان: لزمته قيمة عبد وسط. وقال محمد: القول في القيمة قول المقر.[٢]

١ انظر: **الأصل**، ٨/٣٦٧.

٢ انظر: **الأصل**، ٨/٣٩٥.

وجه قول أبي يوسف: أن العبد لا يثبت في الذمة إلا بعقد النكاح أو ما يشبهه، فوجب حمل إقراره عليه، فيلزمه عبد وسط.

وجه قول محمد: أنه أقر بعبد وهذا يحتمل الغصب ويحتمل العقود، فإذا رُجِع إلى قوله في أصل الإقرار فكذلك في القيمة مثله.

* * *

مسائل الكيس من الجامع الكبير

[تكذيب أحد الشريكين دعوى الآخر]

[٥٥٣.] قال محمد في كيس في يدي رجلين أقر أحدهما أن "الكيس بينه وبين أجنبي نصفان"، وقال شريكه: "بل الكيس بيني وبين ذلك الأجنبي، له ثلث ولي ثلثان" فصدَّق المُقَرُّ له المُقِرَّ بالنصف، وكذَّب الآخر: فإن المُقَرَّ له يأخذ من المُقِرِّ بالثلث خمس ما في يده فيضمه إلى ما في يدي المقر بالنصف فيقتسمانه نصفين. ولم يذكر خلافًا، وهذا قول محمد خاصة. وفي قياس قول أبي يوسف: يأخذ من المقر بالأثلاث ثلث ما في يده، ومن الآخر نصف ما في يده.

وجه قول أبي يوسف: أن كل واحد منهما أقر له بمقدار من الكيس، فيعامل فيما في يده بمقتضى إقراره. ولو كان الكيس كله في يد المقر بالثلث أعطاه ثلثه فكذلك يعطيه ثلث ما في يده. ولو كان في يد المقر بالنصف أعطاه نصفه فكذلك يعطيه نصف ما في يده.

وجه قول محمد: أن المقر بالثلث يقول: "لو كذَّبني شريكي فيك دفعت إليك ثلث ما في يدي سهمًا من ثلاثة أسهم، فلما صدقني فيك رفع عني نصف ما أقررت به لك، فيبقى لك نصف سهم ولي سهمان" فوقع فيه كسر، فاضرب ذلك في اثنين يصير ذلك خمسة: للمقر له سهم، وللمقر أربعة، ويأخذ المقر له السهم فيضمه إلى ما في يد المقر بالنصف، وفي يده أيضًا خمسة أسهم، فيجتمع ستة أسهم يقتسمانه نصفين، فكأنه أخذ من يد المقر بالنصف خمس ما يده. [١٣٧ظ]

فصل [دعوى المقر له الكيس كله]

[٥٥٤.] قال محمد: ولو قال المقر له: "الكيس كله لي" فإنه يأخذ من المقر بالثلث خمس ما في يده، ومن المقر بالنصف خمسي ما في يده. وهذا قول محمد،

ولم يحك خلافًا. وفي قياس قول أبي يوسف: أن الجواب في هذه المسألة والأُوْلى سواء. أما أبو يوسف فقال: إن كل واحد منهما يعامل المقر له في النصف الذي في يده بما كان يعامله لو كان كله في يده على ما قدمنا.

وأما محمد فقال: إن المقر له يأخذ خمس ما في يد المقر بالثلث؛ لما قدمنا في الفصل الأول، ثم يجيء المقر بالنصف فيقول له: "لو كذبني صاحبي فيك كان لك نصف ما في يدي، فلما صدقني في ثلث الكيس سقط عني ثلث ما أقررت به لك" واجعل ما في يده شيئا: له نصف وثلث، وذلك ستة أسهم، أقر له بنصفها ثلاثة سقط منها سهم بتصديق صاحبه، فبقي له سهمان من خمسة فيأخذ خمسي ما في يده.

ومن حجة محمد على أبي يوسف: أن قوله يؤدي إلى أن يأخذ المقر له أكثر مما أقرا له؛ لأن كل واحد منهما لو أقر له بثلث الكيس أخذ عنه، وثلث ما في يد كل واحد منهما فيصير له ثلث الكيس، ولكل واحد منهما الثلث، وهما أقرا أن نصيب كل واحد منهما ضعف نصيبه. **فأما على قول محمد:** فكل واحد منهما يعطيه خمس ما في يده سهمًا من خمسة، فيصير له خمس جميع الكيس، ولكل واحد منهما خمساه، وذلك ضعف ما حصل للمقر له، وهذا على مقتضى إقرارهما له. **ويمكن أن يجيب أبو يوسف عن ذلك فيقول:** إن المقر له يقول لكل واحد منهما: "الزيادة حصلت لي من جهة غيرك لا بمقتضى إقرارك".

فصل

[٥٥٥.] قال محمد: ولو قال أحدهما: "لي ثلث الكيس ولفلان الأجنبي الثلث" وقال الآخر: "لفلان ذلك ثلثا الكيس ولي الثلث"، فإن المقر له يأخذ من المقر بالثلث خمس الكيس، ومن المقر [١٣٨و] بالثلثين خمسي الكيس. ولم يذكر خلافًا. وفي قياس قول أبي يوسف: يأخذ من أحدهما ثلث ما في يده ومن الآخر ثلثيه.

أما أبو يوسف: فبنى الأمر على الطريقة التي ذكرناها. **وأما محمد فقال**: إن المقر بالثلث يقول للمقر له: "أقررت لك بالثلث في موضعين، صدَّقني شريكي فيما في يده وزاد، فلو لم يصدقني كان لي سهمان ولك سهم، فلما صدقني رفع عني نصف سهم، فبقي لك نصف سهم، ولي سهمان" فيقتسمان ما في يده أخماسًا، فيأخذ سهمًا من خمسة أسهم مما في يده، فيضم ذلك إلى ما في يد المقر بالثلثين، وهو خمسة أيضًا فيصير ستة أسهم، فيأخذ ثلثيها، فحصل في يده مما كان في يد هذا ثلاثة أخماسه.

وإن شئت لم تضم؛ بل تقول: المقر بالثلثين يقول: "مقتضى إقراري أنه إذا سلم لك شيء من الكيس سلم لي مثل نصفه، وفي يدك سهم، فأعزل لنفسي بإزائه نصف سهم، يبقى في يدي أربعة أسهم، ونصف لك ثلثاها، فتعطيه ثلاثة أسهم" وذلك ثلاثة أخماس ما كان في يده.

وإن شئت بدأت بالمقر بالثلثين، فتقول: "أقررت لك بأربعة من ستة، ولي بسهمين، وما أقررت به في موضعين صدقني شريكي في سهم واحد، فسقط عني، يبقى لك ثلاثة، ولي سهمان" فيأخذ ثلاثة أخماس ما في يده، ثم يجيء إلى المقر بالثلث فيقول: "أقررت لي بالثلث سهمين من ستة، وزعمت أنهما في موضعين قد صدقك شريكك فيما في يده، فسقط عنك سهم، يبقى لك على مقتضى إقرارك أربعة، ولي سهم" فيأخذ خمس ما في يده.

وإن شاء قال له: "قد حصل لي من شريكك ثلاثة أسهم، سهمان منها تلزمه لم تدخل في إقرارك؛ لأنه لو أقر بمثل ما أقررت لم آخذ منه إلا سهمًا واحدًا، فلا يحتسب لك بالسهمين، وإنما يحتسب لك بالسهم الداخل في إقرارك، فتأخذ بإزائه مما في يدك سهمين؛ لأن إقرارك اقتضى أن يجعل لك مثلا ما حصل لي، فيبقي في يدك ثلاثة أسهم" أخذ ثلثها، وذلك خمس ما يده.

[٥٥٦.] **مسألة** كيس في يدي [١٣٨ظ] ثلاثة، أقر أحدهم أن "لأحد الباقيين ثلاثة أرباع هذا الكيس وله ربعه"، وأقر الثاني: أن "للمقر له خمسة أسداسه وله سدسه"، وقال المقر له: "الكيس كله لي": فإنه يأخذ مما في يد الذي أقر له بثلاثة أرباع المال خمسي ما في يده، ويأخذ مما في يدي الذي أقر له بخمسة أسداس المال ثلاثة أخماس ما يده، فيكون ذلك للمقر له مع الثلث الذي في يده، وهذا قول محمد. فأما على قياس قول أبي يوسف: فالمقر له يأخذ من المقر بالأرباع ثلاثة أرباع ما في يده، ويأخذ من المقر بالأسداس خمسة أسداس ما في يده، ويصح من ستة وثلاثين في يد كل واحد اثنا عشر، يأخذ المقر له من المقر بالأرباع تسعة، ومن المقر بالأسداس عشرة، فيجتمع له واحد وثلاثون سهمًا.

وأما محمد: فيجعل الكيس في يد المقرَّين حكمًا، ثم يعامل كل واحد منهما بما اقتضاه إقراره، فما حصل للمقر له من كل واحد منهما ألقيت ثلثه؛ لأن ذلك في يده في الحقيقة، والزيادة هي التي حصلت له مما في يد المقر. وإنما كان كذلك لأن كل واحد منهما أقر له بأكثر مما في يده، فإذا ضممت ما في يده إلى ما في أيديهما حكمًا ظهر بالعمل مقدار المقر به. **فعلى هذا نقول**: الكيس كله في يد المقرين حكمًا، وأقل مال له ربع وسدس اثنا عشر، فيجعل الكيس أربعة وعشرين سهمًا، في يد كل واحد اثنا عشر سهمًا وهو نصف الكيس، فالمقر بالأرباع أقر له بثمانية عشر ولنفسه بستة، صدقه شريكه في نصف ما أقر له به فرفع عنه مؤنته، بقي من إقراره تسعة يضرب بها المقر له، ويضرب المقر بستة، فيقسم ما في يده على خمسة عشر، للمقر له من ذلك تسعة مما كان في يدي المقر، ومما ضممناه إليه، ثم يقول المقر بالأسداس: "أقررت لك بعشرين، ولنفسي بأربعة، صدقني صاحبي في تسعة، فبقي من إقراري أحد عشر، ولك أربعة" فيقسم ما في يده على [١٣٩و] خمسة عشر، للمقر له أحد عشر وللمقر

أربعة. فإذا ثبت هذا احتجنا أن نعرف ما أخذه ما كان في أيديهما، فنقول: إذا وجب قسمة ما في يد كل واحد على خمسة عشر صار الكيس ثلاثين سهمًا، في يد كل واحد في الحقيقة عشرة، فلما ضممنا ما في يد المقر له إلى ما في أيديهما صار في يد المقر بالأرباع خمسة عشر، دفع منها إلى المقر له تسعة منها خمسة كانت في يده، فتبقى الذي أخذه منه مما كان في يده خاصة أربعة من عشرة، وذلك خمسا ما في يده، ولما أخذ من المقر بالأسداس أحد عشر، خمسة منها مما كان في يده بقي من إقراره ستة من عشرة، وذلك ثلاثة أخماس ما كان في يده.

وإن عملتها بغير ضم: جعلت الكيس اثنا عشر لمكان الربع والسدس، فيقول المقر بالأرباع: "أقررت لك بتسعة، صدقني شريكي في نصفها، فبقي لك أربعة ونصف، ولي ثلاثة، فذلك سبعة ونصف، وثلث الكيس في يدك وفيه ثلث ما أقررت بذلك، فأسقطه ولا تضاربني به" فيسقط من سهام المقر له ثلث سبعة ونصف، وذلك سهمان ونصف، يبقى له سهمان وللمقر ثلاثة، فيأخذ خمسي ما في يده. ويقول المقر بالأسداس: "أقررت لك بعشرة من اثني عشر، ولنفسي بسهمين، صدقني صاحبي في تسعة فسقط عني نصفها، أربعة ونصف، يبقى لك خمسة ونصف، ولي سهمان وذلك سبعة ونصف، فسقط من سهامك ثلثها؛ لأن في يدك ثلث الكيس" فيبقى للمقر له ثلاثة أسهم وللمقر سهمان، فيأخذ ثلاثة أخماس ما في يده.

[٥٥٧.] **مسألة** قال محمد: وإذا كان الكيس في يد ثلاثة فأقر أحدهم لأجنبي فقال: "له ثلثه ولي ثلثاه" وقال الآخر: "بل له نصفه ولي نصفه" وقال الآخر: "بل له ثلثاه ولي ثلثه"، أو قال فلان: "الكيس كله لي"، فإنه يأخذ من المقر بالثلث سُبع ما في يده فيجمع إلى ما في أيديهما، ثم يأخذ ثُلث ما حصل في يد المقر بالنصف مما كان في يده ومما ضم إليه من نصف السُّبع، ويأخذهما في يد المقر بالثلثين خمسة أسباع

[١٣٩ظ] ما كان في يده، ومما ضم إليه من نصف السُّبع، وهذا قول محمد، فأما [أبو] يوسف[١] فقال: يأخذ من كل واحد منهم ما تضمنه إقراره، ويصح من ثمانية عشر في يد كل واحد ستة، يأخذ من المقر بالثلث سهمين، ومن المقر بالنصف ثلاثة أسهم، ومن المقر بالثلثين أربعة أسهم، فاجتمع له نصف الكيس.

فأما طريق العمل على قول محمد: فيبدأ بأقلهم إقرارًا، فيقول المقر بالثلث: "أقررت لك بثلث الكيس في ثلاث مواضع" فيجعل ما في يده شيئًا له ثلث، ولثلثه ثلث، وذلك تسعة، أقر لنفسه بستة، وللمقر له بثلاثة، صدقه الشريكان فيما في أيديهما وزادا، فبقي من إقراره بسهم ولنفسه بستة، فيعطيه سُبع ما في يده، ويضمه إلى ما في يدي الآخرين، فيصيران كرجلين في أيديهما كيس أقر أحدهما لرجل بنصفه، وأقر الآخر له بثلثيه، وقد علمت أنا جعلنا ما في يد المقر بالثلث سبعة أسهم لمكان السُّبع، فصار الكيس إحدى وعشرين سهمًا، أخذ المقر له من المقر بالثلث سهمًا يضمه إلى ما في يدي الآخرين، فينكسر، فاجعل الكيس اثنين وأربعين سهمًا، في يد كل واحد منهم أربعة عشر سهمًا، فأخذ المقر له من المقر بالثلث سُبع ما في يده سهمين يضمهما إلى ما في أيديهما فيصير في يد كل واحد منهما خمسة عشر، ثم يقول المقر بالنصف: "أقررت لك بسهم ولنفسي بسهم، وما أقررت به لك في موضعين، صدقني شريكي فيما في يده وزاد، فسقط عني نصف سهم، يبقى لي سهم، ولك نصف، فخذ ثُلث ما في يدي" فيدفع إليه خمسة يضمها إلى ما في يد المقر بالثلثين فيصير عشرين سهمًا، يأخذ ثلثيها فينكسر في الأثلاث، فاضرب أصل الكيس في ثلاثة يصير مئة وستة وعشرين سهمًا، في يد كل واحد اثنان وأربعون سهمًا، يأخذ من المقر بالثلث سُبع ما في يده ستة أسهم، فيضمها إلى ما في يدي الآخرين، [١٤٠و] فصار في يدي كل واحد منهما خمسة وأربعين سهمًا، يأخذ من

---

١ في المخطوط: أبا يوسف، ولعل الصواب ما أثبت.

المقر بالنصف ثلث ما في يده خمسة عشر، فيضمها إلى ما في يدي الآخر، فاجتمع في يده ستون سهمًا يأخذ ثلثيها أربعين سهمًا.

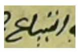
وطريق آخر بغير ضم وهو أن تقول: في كل واحد اثنان وأربعون، يأخذ المقر له من المقر بالثلث ثلاثة أسهم على ما بيَّنَّا، ثم يجيء إلى المقر بالنصف فيقول: "إقرارك اقتضى أن لا آخذ شيئًا إلا أخذتَ مثله، فاعزل لنفسك ستة بإزاء ما في يدي، يبقى في يدك ستة وثلاثون، قد سقط عني نصف ما أقررت به لك؛ لأن شريكي صدقني" فيضرب المقر بسهم، والمقر له بنصفه، فيأخذ ثلث ما بقي في يده وذلك اثنا عشر منهما، وذلك سُبعا ما في يده، واجتمع للمقر له ثمانية عشر سهمًا، ثم يجيء إلى المقر بالثلثين فيقول له بأن: "الكيس بيني وبينك على أني لا آخذ شيئا إلا أخذت مثل نصفه، فينبغي أن تأخذ مما في يدك تسعة بإزاء الثمانية عشر التي في يدي، يبقى في هذه ثلاثة وثلاثون، ليس في يد المقر له بإزائها شيء، فيأخذ ثلثيها، وذلك اثنان وعشرون، وذلك ثلاثة أسباع ما كان في يده، وثلثا سُبعه.

قال في **الكتاب**: يأخذ المقر له من المقر بالثلثين خمسة أسباع ما كان في يده؛ لأنه لم يعتبر ما ضمه إلى ما في يده من يد صاحب النصف، وقد كان في يده قبل ذلك خمسة وأربعين سهمًا، اثنان وأربعون ثلث الكيس، وثلاثة أسهم نصف ما أخذ من المقر بالثلث، وقد بينا بغير ضم أنه يأخذ اثنين وعشرين، فإذا ضممت إليها الثلاثة صارت خمسة وعشرين، وهي خمسة أسباع[١] خمسة وأربعين.

فصل

[٥٥٨.] قال أبو خازم: ولو قال المقر له: "صدقتم أو صدق صاحب النصف والثلث خاصة" فإنه يأخذ من المقر بالثلثين ما كان يأخذ منه إن صدقه وحده، وهو اثنان وعشرون سهمًا من مئة وستة وعشرين سهمًا الكيس، فيضم ذلك إلى ما في يد

---

١ وصورته في المخطوط: 

صاحبه نصفين، ثم يقول للمقر بالنصف: كأن صاحب الثلثين لم يكن، فأقررت لي بالنصف، وصاحبك [١٤٠ظ] بالثلث، فقد أقررت لي بسهمين، ولنفسك بسهمين، فزعمت أن الذي أقررت به في موضعين صدقك صاحبك في بعض ذلك، فلو صدقني صاحبه لبدأت بصاحب الثلث فقلت له: "أقررت لنفسك بأربعة ولي بسهمين في موضعين صدقك شريكك في نصفها فبقي لي سهم ولك أربعة" فيأخذ خمس ما في يده، ثم يجيء إلى صاحب النصف فيقول: "إقرارك تضمن أنه لا يسلم لي شيء إلا يسلم لك مثله، وفي يدك خمسة وفي يدي سهم فخذ سهمًا لنفسك بإزاء ما في يدي، يبقى في يدك أربعة لي نصفه" فيأخذ سهمين وهي خُمسا ما في يده، ثم يضم ذلك إلى ما في يدي المقر بالثلث فيأخذ ثُلث ما اجتمع.

فصل

[٥٥٩.] قال أبو خازم: ولو أن المقر له صدق صاحب الثلث خاصة، أو صدق صاحب الثلثين وصاحب الثلث، فإنه يأخذ من المقر بالثلثين اثنين وعشرين من مئة وستة وعشرين من جميع ما[١] كان يأخذ منه لو ادعى الكيس كله، ويأخذ من المقر بالنصف سُبعي ما في يده وهو اثنا عشر؛ وذلك لأنه يقول: لو صدقني خاصة لبدأت بصاحب الثلث وأخذت سُبع ما في يده ستة؛ لأنه أقر لك بثلاثة أسهم في ثلاث مواضع، ولنفسه بستة صح لك ما أقر به في الموضعين وزيادة، فبقي من إقراره لك سهم وله ستة، فتأخذ سُبع ما في يده ستة، فيجب أن آخذ بإزائها ستة؛ لأن في إقراري أنه لا يسلم لك شيء إلا سلم لي مثله، فبقى في يدي ستة وثلاثون، بيننا أثلاثًا؛ لأني أقررت لنفسي بسهمين، ولك بسهمين في موضعين، أحدهما ما ترى، والآخر في يد المقر بالثلثين، وقد سلم ذلك لك وزيادة" فيأخذ ثُلث الستة وثلاثين، وذلك اثنا عشر،

---

١ في المخطوط + وهو ما، ولعل حذف: "وهو" هو الصواب.

وهو سُبعا ما كان في يده، فيضم ما اجتمع ما في يده إلى ما في يد المقر بالثلث، [١٤١و] فما اجتمع أخذ ثلثه، فقد صار المقر بالثلث يأخذ من المقر له ولا يعطيه.

[٥٦٠.] **مسألة** قال محمد: وإذا كان الكيس في يدي رجلين فيه ألف درهم فأقر أحدهما فقال: "لفلان ثلثه ولي ثلثاه" وقال الآخر: "لفلان ثلثاه ولي ثلثه" فقال فلان ذلك لهما جميعا: "صدقتما": فإنه يأخذ من الذي أقر له بالثلثين ثلاثة أخماس ما في يده، فيضم إلى ما في يدي الذي أقر له بالثلث، فيقتسمانه على ثلاثة أسهم، للأجنبي الثلث وللشريك الثلثان.

والأصل في ذلك: أن هذا تصديق يتضمن تكذيبًا؛ لاستحالة أن يجمع بين تصديق الاثنين مع اختلاف إقرارهما، فلا بد أن يكون مكذبًا لأحدهما مصدقًا للآخر، فلو جعلناه مصدقًا لصاحب الثلث استفاد بتصديقه فائدة؛ لأنه لو كذبه أخذ خمس ما في يده، فإذا صدقه رد عليه بعض ما يأخذ من شريكه، ولو صدق صاحب الثلثين أو كذبه أخذ منه ثلاثة أخماس ما في يده، فيجب أن يثبت التصديق الذي يفيد دون غيره. وإذا كان كذلك فمتى بدأت بأقلهما إقرارك أدَّاك إلى الغلط؛ لا بل إذا بدأت به أخذت منه شيئًا وأنت تريد أن ترد عليه، فتبدأ بأكثرهما إقرارًا، فيقول: "أقررت لي بأربعة ولنفسك باثنين، صدقك صاحبك في سهم منها [فـ]سقط عنك، بقي لي ثلاثة أسهم، ولك سهمان" فيأخذ ثلاثة أخماس ما في يده، وهو ثلاثة أسهم يضمها إلى ما في يد صاحب الثلث، وذلك خمسة أيضًا، يصير ثمانية، يأخذ ثلثها سهمين وثلثين وقد كان معه ثلثه، فعلمت أنه رد إلى [١٤١ظ] المقر ثلث سهم مما كان في يده. وكذلك لو ابتدأ به أدى العمل إلى الخطأ.

وأصل هذه المسائل أن تبدأ بالمنازعة وتختم بالاتفاق، فمتى كذَّب أحدهما وصدق الآخر بدأت بالذي كذبه، فما أخذته منه ضممته إلى الذي صدقه، لولا ذلك انتقصت القسمة واحتجت أن تعيدها.

[٥٦١.] **مسألة** قال محمد: وإذا كان الكيس في يدي رجل وفيه ألف درهم، فأقر أنه بينه وبين فلان نصفين، فدفع النصف إلى فلان، ثم أقر أنه بينه وبين رجل آخر نصفين، فإن كان دفع بقضاء قاض أخذ منه الآخر نصف ما في يده، وإن كان دفع بغير قضاء دفع النصف الذي في يده كله إلى المقر له الآخر؛ وذلك لأن الضمان في ملك الغير لا يقع بمجرد القول حتى ينضم إليه فعل؛ بدلالة أن من قال: "ثوب زيد لعمرو" لم يضمن شيئًا ولو سلمه إليه ضمنه؛ ولهذا قالوا في شاهدين شهدا على رجل بألف مؤجلة ثم رجعا عن الشهادة بعد ما قضى القاضي بالمال على المدعى عليه مؤجلًا: إنهما لا يضمنان المال ما لم يقبض من المشهود عليه. والإقرار في مسألتنا تجرد في حق الغير فإن انضم إليه التسليم ضمن، وإن انفرد لم يتعلق به الضمان.

فإن قيل: إن القاضي لما قضى عليه بالتسليم فإنما لزمه ذلك بموجب إقراره، كما يقضي بموجب الشهادة، فإذا وجب الضمان على الشهود بالرجوع وإن كان القاضي هو الذي سلَّم، كذلك يجب على المقر وإن سلَّم القاضي. **قيل له**: الشهادة موجبة الاستحقاق على الغير، فإذا قضى بها وجب الضمان، والإقرار ليس يوجب حقا على الغير، فإذا انضم إليه القضاء لم يوجب الضمان، وصار ما أخذه القاضي كالهالك من جملة [١٤٢و] المال، فيكون ما بقي بينهما. وإن كان سلم بغير قضاء فهو ضامن لما سلَّم فكان ذلك في يده فيدفع إلى المقر له نصف جميع الكيس، وهو كل الباقي في يده.

قال محمد: وإن كان الذي الكيس في يده أقر للثاني أن الكيس بينه وبين الأول وبين الثاني أثلاثًا، وكذبه الثاني والأول بذلك، فإن كان دفع إلى الأول بقضاء قاض فإن الثاني يأخذ منه نصف ما بقي في يده، وإن دفع إلى الأول بغير قضاء قاض فإن الثاني يأخذ منه ثلث جميع المال مما بقي في يده، ويكون له السدس؛ وذلك لأنه إذا دفع إلى الأول بقضاء فذلك كالهالك من جملة المال، فيدخل النقص عليهما، فيعطيه نصف ما بقي في يده، وإن دفع إلى الأول بغير قضاء فكأنه باق في يده؛ لأنه

هو المستهلك بدفعه فكأن الكيس كله في يده أقر أنه بينه وبين هذين الرجلين أثلاثًا، فيدفع إلى هذا المقر له ثلث الكيس كاملًا مما في يده.

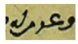
فصل

[٥٦٢.] قال محمد: فإن كان دفع النصف إلى الأول بغير قضاء، ودفع إلى الثاني الثلث من جميع المال بقضاء، ثم أقر لآخر بالشركة أنه شريكهم بالدفع، وكذبوه جميعًا، وكذب الآخر الأولين، فإن المقر يعطي الآخر سدس جميع المال، وثلث سدس جميع المال مما بقي في يده، ولم يبق في يده إلا السدس، فيأخذه الآخر كله، ويغرم له المقر من ماله ثلث السدس. هذا كلام محمد، والمسألة محتملة أقسامًا أربعة: إما أن يكون دفع إليهما بقضاء، أو دفع إليهما بغير قضاء، أو دفع إلى الأول بقضاء وإلى الثاني بغير قضاء، أو دفع إلى الأول بغير قضاء [١٤٢ظ] وإلى الثاني بقضاء. وهذا فصل الكتاب:

أما إذا دفع إليهما بغير قضاء: دفع إلى الأول النصف وإلى الثاني الثلث، فإنه يدفع إلى الثالث السدس، ويغرم له نصف السدس أيضًا حتى يكون للثالث ربع الكيس؛ لأنه قد أقر له بالربع، وفي الحكم كان الكيس كله في يده؛ لأنه هو الذي استهلكه بالتسليم إليهما، فللثالث أن يأخذ تمام حقه.

وأما إذا دفع إلى الأول ألفًا بقضاء قاض ثم أقر للثاني: فلا يجب عليه إلا نصف ما في يده، فإذا دفع إليه نصف ما يده بقي في يده ربع الكيس، فيكون بينه وبين الثالث نصفين؛ لأنه لما دفع إلى الأول والثاني بقضاء صار كالهالك، ولم يبق في يده إلا هذا المقدار، فيجعل ذلك بينهما نصفان.

وأما إذا دفع إلى الأول النصف بغير قضاء ودفع إلى الثاني تمام الثلث بقضاء القاضي وبقي في يده السدس: دفعه كله إلى الثالث وعد من له[١] ثلث السدس؛ وذلك

١ هكذا في المخطوط، وصورته: 

لأن الثلث الذي دفعه بقضاء كأنه لم يكن، والنصف الذي دفع إلى الأول كأنه في يده فإذا ضممت ذلك النصف إلى السدس الذي في يده يصير ثلثين، أقر بثلثيها، وذلك ثلث وثلث وسدس. وإن شئت قلت: إنه زعم أن الكيس بينهم أرباعًا أخذ الثاني الثلث بقضاء، وفيه زيادة نصف سدس، فكأنها هالكة فيدخل عليها[1] أثلاثًا، على كل واحد سدس السدس، فيبقى لكل واحد سدس وثلث سدس.

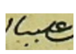
وأما إذا دفع إلى الأول النصف بقضاء القاضي: صار كأن النصف لم يكن، وبقي النصف، فينبغي أن يكون بينه وبين الثاني والثالث.

فصل

[٥٦٣.] قال محمد: فإن تصادق الأول والآخر فيما بينهما، وكذَّبا الثاني، وكذَّب الثاني: لهما أخذ الآخر من المقر نصف ما في يده، [١٤٣و] فيضمه إلى ما في يدي الأول، فيقسمه الأول والآخر نصفين في قياس قول يعقوب على ما قال في الإقرار بالوارث. وأما محمد فقال: إن المقر له الثالث يأخذ من المقر الذي كان الكيس في يده ثلث ما بقي في يده، فيضمه إلى ما في يد المقر له الأول الذي أخذ نصف المال وصدق بها الثالث، فيقتسمانه نصفين، فيجب أن نبين أولًا مسألة الإقرار بالوارث:

وهي رجل مات وترك ابنَين، وأخذ كل واحد منهما نصف المال، ثم أقر أحدهما بأخوين وصدقه المعروف في أحدهما، فإن في قول أبي يوسف: أن المقر يدفع إلى المتفق عليه ربع ما في يده. وقال محمد: يدفع إليه خمس ما يده، والباقي بينه وبين المكذَّب به نصفين. فالمقر في مسألة الكيس بمنزلة الابن المقر بالأخوين، والمدفوع إليه نصف المال بمنزلة الابن المعروف، والمجحود بمنزلة المجحود في مسألة الإقرار بالوارث، والمتفق عليه بمنزلة المتفق عليه فيها، فقاس كلَّ واحد منهما قولَه في هذه المسألة على مسألة الفرائض.

---

١ هكذا في المخطوط، وصورته: 

وجه قول أبي يوسف: في مسألة الفرائض أن كل واحد منهما في يده نصف المال، والمقر يزعم أن كل جزء من المال بيننا أرباعًا، وفي يده نصف المال، فيدفع ربعه إلى المتفق عليه، والباقي بينه وبين المكذَّب به نصفين.

وجه قول محمد: أن المقر يزعم أنه يجب أن يضرب هو في هذا النصف بربع المال، وهو سهمان لنفسه، ويضرب الذي تفرد به أيضًا بربع المال، وهو سهمان، ويضرب المتفق عليه بثُمن المال سهم؛ لأنه أقر له بربع المال في موضعين، وقد صدقه صاحبه فيه فلا يدفعه. وإنما يضرب بسهم واحد فيصير ما في يد المقر بينهم على خمسة.

فإذا عرفت مسألة الفرائض **فوجه البناء على قول أبي يوسف**: [١٤٣ظ] أن في مسألة الفرائض يقسم على أربعة: للمتفق عليه سهم، وللمختلف فيه سهمان، وقد أخذ المختلف فيه أكثر من سهمين، فسقط السهمان، بقي للمقر سهم، للمتفق عليه سهم، فلذلك قال: إنه يأخذ نصف ما في يده.

وأما محمد فقال: إن المقر يضرب بسهمين لنفسه، وبسهمين للمختلف فيه، وبسهم للمتفق عليه، فأسقط المختلف فيه؛ لأنه أخذ حقه وزيادة، فبقي للمقر سهمان وللمتفق عليه سهم، فلذلك قال: إنه يأخذ ثلث ما في يده.

وقد اختلف أصحابنا في هذا البناء بعد اتفاقهم على صحة قول كل واحد منهما على أصله في مسألة الإقرار بالوارث، فقال علي الرازي، والخصاف، وأبو خازم: إن قول أبي يوسف وقياسه على مسألة الفرائض هو الصحيح، وما ذكره محمد من قول نفسه خطأ، وينبغي في قوله أن يدفع إلى المتفق عليه خمسي ما في يده. قالوا: لأن أبا يوسف يقول: إن المقر لو أقر بهما معًا فصدقه الأول في أحدهما لدفع إليه ربع ما في يده، وإلى الثاني ربع جميع المال، ويبقى له سهم فلا ضمان عليه فيما أخذ الثاني من الفضل، فيقسم ما بقي علي الحقين؛ لكل واحد سهمين، فيكون بينهما نصفين.

قالوا: والصحيح على قول محمد أن المقر يقول للثالث: "لو أقررت لكما معًا

فصدقني الأول فيك كان لك خُمس ما في يدي؛ لأني أقررت لك بالربع، نصفه في يدي ونصفه في يدي الأول، فأضرب لك بثُمن المال، ولنفسي بربع المال، ولشريكي بربع المال، فيصير ما في يدي على خمسة، فيصح لك خمس ما في يدي" فأما الثاني فيضمن ربع جميع المال؛ لأنه يقول: "دفعت إلى الأول بغير قضاء فأنت له ضامن، فإذا أخذ ربع المال وهو سهمان ونصف، وأخذت أنت سهم بقي لي سهم ونصف، [١٤٤و] فما أخذ الثاني من الفضل على الربع، فلا ضمان عليَّ فيه، فيكون ما في يدي على حقي وحقك، فيقسم أخماسًا، لك خمساه، ولي ثلاثة أخماسه".

وحكى أبو عمرو الطبري عن أبي سعيد البَرْدَعي أن أبا علي الدقاق كان يقول: الصحيح هو قول محمد الذي ذكره في **الكتاب** عن نفسه، والذي رواه عن أبي يوسف خطأ. والصحيح من قول أبي يوسف: أن يدفع إليه، يدفع إليه خمسي ما في يده. قال: وروى مثل هذا ابن سماعة عن محمد. قال أبو علي: وجه قول محمد ما تقدم أن المقر في مسألة الفرائض يقول: "أقررت لنفسي بسهمين، وللمتفق عليه بمثلها، وللمختلف فيه بمثلها، إلا أني أقررت للمتفق عليه في موضعين، صدقني شريكي فيهما، فسقط عني نصف ما أقررت به له، فبقي له سهم، ولي ولشريكي أربعة" فيدفع إليه خمس ما في يده، فإذا سقط ما للمختلف فيه؛ لأنه استوفاه وزيادة بقي للمقر سهمان، وللمتفق عليه خمس ما في يده فيأخذ الثلث. قال: وقد اتفقوا في كيس في يدي رجل أقر بنصفه لآخر ودفعه إليه بقضاء ثم قال: "الكيس بيني وبين الأول وهذا الثاني أثلاثا" فإنه يدفع إليه نصف ما في يده، فإن دفع إليه بقضاء، ثم قال: "الكيس بيني وبين الأول والثاني وهذا الثالث أرباعًا" وصدَّق الأول بالثالث وحده، وكذَّب الأول والثالث بالثاني: فإن الثالث يأخذ مما في يدي المقر ثلث ما في يده فيضمه إلى ما في يدي الأول، فيقتسمان ذلك نصفين.

وقد اتفق الكل الذين طعنوا في مسألة **الكتاب** على صحة جواب هذه المسألة على قول محمد؛ لأن المقر أقر للثالث بربع المال مما في يده ويد شريكه فسقط عنه

من إقراره نصفه، ويبقى له ثُمن وله الرُّبع، فيأخذ [١٤٤ظ] ثلث ما في يده من قِبَل أنه لو أقر بهما جميعًا فصدقه الأول قبل أن يدفع إليه شيئًا كان له الخمس وللمقر خمسان، وللآخر خمسان. وإنما أقر للثاني بعد أن ثبت إقراره للأول وسلم الحاكم إليه، فلم يلزمه فيه ضمان، فقاسمه ما في يده على ثلاثة. وأما على قول أبي يوسف في مسألة الاستشهاد يدفع خمسي ما في يده؛ لأن المقر يقول للثالث: "لو أقررت بكما فصدقني الأول كان لك الربع مما في يدي، فيبقى في يدي ثلاثة أرباع، النصف بيني وبين شريكي نصفين، فلما أقر بك الأول، وإقراري بالثاني موجود: فلا ضمان علي فيما أخذه من الفضل: صح من إقراري أن لي سهمًا ونصفًا، ولك سهم، فأقسم ما في يدي على خمسة، لي ثلاثة ولك اثنان".

وقد اتفق الكل أيضًا على صحة جواب أبي يوسف في هذه المسألة فيقول في مسألتنا: إن المقر يقول: الثاني ظالم في دعواه، ولي ربع ونصف، وللثاني والثالث ربع، ولا ضمان علي فيما أخذه الثاني من الزيادة، فيبقي لي ربع ونصف، وللثالث ربع يعطيه خمسي ما في يده.

قال أبو سعيد: والذي ذكره علي الرازي على قول محمد أن المقر له الثالث يقول للثاني: "ربع جميع المال" فلا يصح؛ لأن الثالث يقول: الثاني ظالم في دعواه، فلا يحتج واحد منهما بحجة ظالم، والاحتساب بربع جميع المال حجة ظالم، فلم يجز أن يحتسب له بأكثر من الخمسين، وللمقر مثلها، وللثالث بخمس واحد، فإذا أسقطت حق الثاني؛ لأنه استوفى حقه بقي الباقي بينهما على ثلاثة. وهذا هو الصحيح من قول محمد على ما رواه في **الكتاب**.

وكان على بن موسى القمي يصحح مسألة **الجامع** من غير أن يبنيها على مسألة الإقرار بالوارث. **فوجه قول أبي يوسف**: أن المقر يقول للثالث: لا ضمان علي مما دفعت إلى الأول؛ [١٤٥و] لأنك صدقت به، فحقك في يده، ولا ضمان علي فيما أخذه

الثاني؛ لأنه أخذه بقضاء، وقد أقر أن نصيبه ونصيب المقر له سواء، فيأخذ نصف ما في يده. **وجه قول محمد** أن المقر يقول: "يجب أن يقسم السدس الذي في يدي والنصف الذي في يد الأول أثلاثًا، للمقر له سدس وثلث سدس، ثلاثة أرباع ذلك في يدي الأول؛ لأن في يده النصف، وهو مقر بحقه فيه، وبقي من حقه ثلث سدس فتأخذ مني ذلك، وهو ثلث ما في يدي". وإن شئت قلت: إن المقر يقول: "لو كذبني فيك الأول لكنت تأخذ نصف ما في يدي، فأضرب لك بسهم، ولي بسهم، فلما صدقني الأول فيك رفع عني نصف سهم، فبقي لي سهم ولك نصف سهم".

[٥٦٤.] **مسألة** قال محمد: ولو كان دفع النصف إلى الأول بغير قضاء، ودفع الثلث إلى الثاني بغير قضاء، وقد صدق الأول بالثالث، وكذبا جميعًا بالثاني: فإن الثالث يأخذ من المقر ثُمن جميع المال فيضمه إلى ما في يدي الأول فيقسمانه نصفين. وهذا قول أبي يوسف. فأما في قياس قول محمد: فيأخذ منه عشر جميع الكيس، وهو ثلاثة أخماس ما في يده.

وهذه المسألة فرع مسألة كتاب الإقرار: فيجب أن نبين تلك المسألة ثم نبنى هذه عليها. **فمسألة الإقرار:**

دار بين رجلين أقر أحدهما فقال: "الدار بيني وبينك وبين فلان أثلاثا" وقال شريكه: "الدار بيني وبينك وبين الذي أقررت له وبين عمرو أرباعًا" **فإن في قول أبي يوسف:** الذي أقر له جميعًا يجيء إلى الذي أقر لهما، فيأخذ منه ربع ما في يده؛ لأنه قد أقر أن الدار بينهما أرباعًا لكل واحد ربع، فإذا أخذ منه الربع ضمه إلى ما في يد الذي أقر خاصة، فيجعل بينهما نصفان، والذي بقي في يد المقر بهما يقسم بينه وبين الذي تفرد به نصفان. **وأما في قول محمد:** فإن الذي أقرا له جميعًا يأخذ من الذي أقر بهما خمس ما في يده؛ لأنه يقول: "أقررت لنفسي بسهمين، وللمختلف فيه بمثلها، ولك سهمين في موضعين، سقط عني أحدهما، بقي لك سهم" فيأخذ خمس ما في

يده، سهم [١٤٥ظ] يضمه إلى ما في يدي الآخر، وهو ستة، فيقسمانها نصفين، وبقي في يدي المقر بالاثنين أربعة، يقسم بينه وبين الذي تفرد به نصفان.

إذا ثبت هذا قلنا في هذه المسألة: المقر له الأول أخذ نصف الكيس، وقد أقر لواحد خاصة وهو الثالث، وهذا المقر أقر لاثنين للثاني والثالث، فصار الثاني هاهنا بمنزلة المقر له الأول هناك، والثالث بمنزلة الثاني، وقد قلنا في تلك المسألة: إن المقر له الآخر يأخذ من المقر ربع ما في يده، وهو ثمن جميع الدار، كذلك هاهنا الثالث يأخذ من المقر ثُمن الكيس، وهو ربع النصف، وذلك ثلاثة أرباع ما في يدي المقر؛ لأن في يده سدس الكيس، فثلاثة أرباع السدس يكون ثُمن الكل. **فأما في قول محمد**: فإنه يأخذ في تلك المسألة خمس ما في يده، وهو عُشر الكل، فكذلك هاهنا يأخذ من المقر له خُمس النصف وهو عُشر الكل، ثلاثة أخماس ما في يده.

فصل

[٥٦٥.] فإن أقر بالثاني والثالث معًا بعد ما دفع النصف إلى الأول، فصدقه الأول بالثلث خاصة، فهذه مسألة كتاب الإقرار بعينها، إلا أنه ذكرها هناك في الدار وهاهنا في الكيس.

[٥٦٦.] **مسألة** قال محمد في **الجامع**: إذا باع المريض عبدًا بألفين، وقيمته ألف، ولا مال له غيره، وعليه دين كثير في الصحة، فأقر باستيفاء الثمن، ثم مات في مرضه فإن قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن المريض لا يصدق على استيفاء الثمن، ويقال للمشتري: "أنت بالخيار إن شئت فأدِّ الثمن مرة أخرى، فيكون لغرماء الصحة، وإن شئت فانقض البيع ورُدّ العبد". وقال محمد: يصدق المريض في قبض الزيادة على القيمة، ويقال للمشتري: "أنت بالخيار إن شئت فأدِّ ألف درهم، وإن شئت فانقض البيع". وكذلك الاختلاف في المريض إذا باع عبدًا يساوي ألفًا بألفين إلى أجل.

وجه قولهما: أن المال المذكور في العقد بدل عن مال تعلق به حق الغرماء فأشبه إذا باع بمثل القيمة. ولأن ما كان في ملك [١٤٦و] الإنسان وتعلق به حق الغير فمتى نقله إلى الزيادة صارت تلك الزيادة بمنزلة ما تعلق حقهم بها في الأصل وهي على ملكه، مثل من باع عبدًا وعليه دين بمثل قيمته. **لمحمد**: أن الزيادة على القيمة لم يستحقها إلا وهي دين، وما تعلق به حق الغرماء وهو دين فإنه يصدق في الاستيفاء، مثل المهر والبدل في الخلع وديون الصحة.

[٥٦٧.] **مسألة** ذكر في **الجامع الصغير** إذا قال الرجل لغلام: "هذا ابني" ثم مات الرجل، فجاءت أمُّ الغلام تدعي الزوجية، فإن لها الميراث منه.[١] وروى ابن سماعة عن محمد: أنها إذا كانت مجهولة لم يكن لها ميراث إذا لم تعرف بالحرية، والولد ولده منها، وإن كانت معروفة الأصل فالقياس أن لا تكون زوجه، لأني لا أدري لعله وطئها بشبهة. والاستحسان: أنه إذا كانت معروفة بالحرية أن يكون لها الميراث.

وجه القياس: أن اعترافه بنسب الولد لا يتضمن اعترافًا بالزوجية؛ لجواز أن يكون وطئها بشبهة، فلم يجز إثبات العقد بالشك. **ووجه الاستحسان**: أن فعل المسلم محمول على الصحة والجواز وأنه لم يأت فعلًا محظورًا، ولو حملنا أمره على وطء محرم لكُنَّا أَثْبتنا ما لا يجوز للمسلم فعله، فوجب أن يحمل أمره على ما يجوز وهو الزوجية.

وما ذكره محمد في المجهولة قولهم؛ لأن حريتها متى لم تعلم أمكن أن يكون استولدها، وإذا أمكن إثبات النسب منه من غير تزويج بوطء مباح فلم يكن بنا حاجة إلى إثبات النكاح.

* * *

١ انظر: **الجامع الصغير**، ٢٣٦.

الفوائد المستخرجة من الكتاب

الصفحة	السطر	الفائدة

الصفحة	السطر	الفائدة

الصفحة	السطر	الفائدة

* * *